

UNIVERSITÉ DE PARIS — FACULTÉ DE DROIT

LE MARIAGE

PAR

PROCURATION

THÈSE POUR LE DOCTORAT ÈS SCIENCES JURIDIQUES

Présentée et soutenue le 24 janvier 1918, à 2 heures

PAR

G. LECARPENTIER

DOCTEUR EN DROIT ÈS SCIENCES POLITIQUES ET ÉCONOMIQUES

DIPLOMÉ DE L'ÉCOLE DES SCIENCES POLITIQUES

LICENCIÉ ÈS LETTRES

DIPLOMÉ D'ÉTUDES SUPÉRIEURES D'HISTOIRE, LAURÉAT DU COLLÈGE DE FRANCE

PRÉSIDENT : M. PIÉDELIÈVRE.

SUFFRAGEANTS : MM. CHÉNON.
BARTIN.

PARIS

LIBRAIRIE MARCEL RIVIÈRE ET C^{ie}
30, Rue Jacob

1918

LE MARIAGE
PAR PROCURATION

UNIVERSITÉ DE PARIS — FACULTÉ DE DROIT

LE MARIAGE

PAR

PROCURATION

THÈSE POUR LE DOCTORAT ÈS SCIENCES JURIDIQUES

Présentée et soutenue le 24 janvier 1918, à 2 heures

PAR

G. LECARPENTIER

DOCTEUR EN DROIT ÈS SCIENCES POLITIQUES ET ÉCONOMIQUES

DIPLOMÉ DE L'ÉCOLE DES SCIENCES POLITIQUES

LICENCIÉ ÈS LETTRES

DIPLOMÉ D'ÉTUDES SUPÉRIEURES D'HISTOIRE, LAURÉAT DU COLLÈGE DE FRANCE

PRÉSIDENT : M. PIÉDELIÈVRE.

SUFFRAGEANTS : MM. CHÉNON.
BARTIN.

PARIS

LIBRAIRIE MARCEL RIVIÈRE ET C^{ie}
30, Rue Jacob

1918



La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses : ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

INTRODUCTION

La loi du 4 avril 1915, en autorisant à titre exceptionnel le mariage par procuration des mobilisés, a résolu implicitement dans le sens de la négative une question controversée depuis plus d'un siècle, celle de savoir si, sous l'empire du Code civil, le mariage par procuration était valide ou ne l'était pas. Ni la doctrine ni la jurisprudence n'étaient unanimes sur ce point, que les rédacteurs du Code avaient eu le grave tort de ne pas fixer. La matière du mariage est, malgré un grand luxe de détails, l'une des parties les plus défectueuses de notre code. Le rédacteur du Code a entendu faire du mariage un contrat solennel, et nulle part il ne le dit en termes exprès ; par conséquent, des nombreuses formalités dont il exige l'accomplissement avant la célébration ou au moment de la célébration, certaines, ou une tout au moins, doivent ou doit être substantielles, mais lesquelles ou laquelle sont ou est substantielles, lesquelles ne le sont point, le Code ne le dit pas, et cette question capitale est livrée aux tournois de la doctrine et, qui pis est, à l'arbitraire des juges !

Êtes-vous marié, ne l'êtes-vous point, les juges vous le diront. En pareille matière n'appartenait-il pas au légis-

lateur d'exprimer sa volonté de manière à ne laisser planer aucun doute sur les conditions qu'il entendait exiger et auxquelles il soumettait la validité des unions matrimoniales ? Ne devait-il pas particulièrement prohiber clairement et en termes exprès un mode de contracter mariage que notre ancien droit avait toujours reconnu, si son intention était de l'interdire à l'avenir ? Il ne l'a pas fait, malheureusement.

Peut-être sera-t-on enclin à penser qu'il est inutile de rouvrir un débat qu'une loi récente vient enfin de trancher. Telle n'est point notre opinion. En le rouvrant, nous nous proposons un double but : d'abord démontrer que l'opinion qui avait prévalu, celle que le Code civil interdisait le mariage par procuration, était juridiquement mal fondée ; en second lieu, apporter des raisons en faveur de la réintégration dans notre droit de ce mode de contracter mariage.

La question du mariage par procuration en droit français n'a pas encore fait, à notre connaissance, jusqu'à ce jour, l'objet d'une étude d'ensemble, et, dans les ouvrages consacrés au mariage elle tient une place fort restreinte.

Pour savoir ce qu'en pense la doctrine il faut se reporter aux commentaires et interprétations des articles 36 et 75 et suivants du Code civil dans les divers cours et traités, et plus particulièrement à Coin-Delisle, Delvincourt, Demante et Colmet de Santerre, Demolombe, Duranton, Laurent, Marcadé, Merlin, Richelot, Toullier et Zachariæ. Le Traité du Mariage de Vazeille (1825) et les deux

volumes Du Mariage d'Allemand (vers 1846-1850, Riom) doivent également être consultés, ainsi que Favard, d'une part, et, de l'autre, Mersier dans leurs Traités des actes de l'état civil, et Glasson : Du Consentement des Epoux au Mariage (1866), où, étant donné le titre de l'ouvrage, on s'attendrait, d'ailleurs, à trouver de plus longs et plus profonds développements sur le mariage par procuration.

En ce qui concerne l'ancien droit français, nous ne voyons à citer que le Traité du Contrat de Mariage de Pothier, et il nous paraît tout à fait caractéristique de la pauvreté de la matière que Beauchet, en son Etude Historique sur les formes de la célébration du Mariage dans l'ancien Droit français, n'ait absolument rien dit du mariage par procuration.

La raison en est, il est vrai, qu'en cette matière le droit canon faisait loi. Pour étudier les principes du droit canon sur ce point nous avons à notre disposition : Sanchez, Gasparri et Esmein, plus un intéressant article de l'abbé Boudinhon dans le Canoniste contemporain de 1915. Désormais, à partir du 19 mai 1918, les canons 1.089 à 1.091 du nouveau Code de Droit Canon feront loi en cette matière.

Si, au lieu de remonter du Code civil à l'ancien droit français et au droit canonique, nous suivons le cours du temps, nous arrivons aux lois du 4 avril et du 19 août 1915 sur le mariage par procuration des mobilisés, que M. A. Wahl a commentées et critiquées dans le premier numéro de 1915 de la Revue trimestrielle de Droit civil.



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547101_0061

CHAPITRE PREMIER

LE MARIAGE PAR PROCURATION EN DROIT ROMAIN, EN DROIT CANONIQUE ET DANS L'ANCIEN DROIT FRANÇAIS

On a coutume, généralement, de faire remonter l'usage du mariage par procuration au droit romain, à un texte de la *L. de Ritu Nupti.* qui déclare que le consentement des futurs époux au mariage peut être donné *per nuntium vel epistulas.*

L'interprétation de ce texte dans le sens de la validité du mariage par procureur dans le droit romain classique, est une question que nous aurons à examiner plus loin. Nous devons, pour le moment, nous contenter de faire remarquer que ce texte est d'une époque où le mariage sans *manus* était seul pratiqué, et que, par conséquent, il ne prouve rien pour les procédés de mariage du droit ancien où le mariage était inséparable de la *manus.*

Bien que nous ne possédions aucun texte qui nous permette de trancher, d'une manière certaine, la question de savoir si, dans l'ancien droit, un mariage pouvait se contracter ou non par procureur, il ne nous paraît

pas inutile d'essayer de résoudre cette question par l'analyse juridique des procédés de mariage usités à cette époque.

Ils étaient, on le sait, au nombre de trois : la *confarreatio*, la *coemptio* et l'*usus*.

La question ne peut naturellement pas se poser pour l'*usus*, puisque la cohabitation pendant un certain laps de temps était la condition même de l'existence du mariage.

Elle peut, au contraire, se poser pour la *confarreatio*. Mais pour cette sorte de mariage, une question préjudicielle se présente. Était-ce, comme le dit M. Girard, « un véritable mariage religieux », ou bien devons-nous admettre, avec M. Ch. Lefebvre, que « ce mariage n'apparaît pas comme une institution surtout religieuse (1) » ? Si l'on adopte la première opinion, un raisonnement qui se baserait sur les principes du droit civil pour donner une réponse à notre question, ne serait pas pertinent ; si l'on se range à la seconde, on peut essayer de déduire la réponse à faire des principes du droit civil ; encore convient-il de ne pas oublier que, même dans l'opinion de M. Lefebvre, la *confarreatio* avait partiellement le caractère d'une institution religieuse : il ne dit pas que la *confarreatio* n'était pas un mariage religieux, mais seulement qu'elle n'apparaît *pas* comme une institution *surtout* religieuse.

(1) GIRARD : *Manuel*, p. 151. — CH. LEFEBVRE : *Le Lien du mariage*, 2^e fascicule, p. 11, note 2.

Bien qu'en droit romain le mariage ne figure pas au nombre des contrats, et que, suivant le mot de Portalis, le mariage n'ait été aux yeux des Romains « qu'un acte naturel qui a fixé l'attention du législateur et que la religion a sanctifié », et que cette opinion soit partagée par M. Ch. Lefebvre qui, dans son cours sur *Le Lien du mariage*, s'exprime de la manière suivante : « Le lien conjugal comme conception du droit, voilà ce qui n'apparaît pas encore établi... du côté des Romains (1) », il semble bien difficile de croire qu'en ce qui concerne le mariage, ils se soient départis dès le début de leur droit, de la stricte application de leurs principes juridiques foncièrement opposés à la réalisation des conséquences juridiques du contrat dans une personne autre que celle qui comparaissait à l'acte même. Comment, dès lors, le strict formalisme des premiers Romains étant connu, pourrait-on admettre que le mariage par *confarreatio* était susceptible de se contracter par procureur ? Nous sommes à une époque où le contrat de mandat n'est pas encore pratiqué ; comment admettre qu'il l'ait été dans le cas où, précisément, il offre prise aux plus graves objections ? Il est vrai que le mariage par *confarreatio* se pratiquait à une époque où il n'est pas certain que le consentement des parties fût requis comme condition essentielle de la validité du mariage, mais où l'on croit que celui du *paterfamilias* suffisait.

(1) CH. LEFEBVRE : *Le Lien du mariage*, 1^{er} fascicule, 1913.

Qu'importe ! Les parties contractantes n'en devaient pas moins rompre ensemble le *farreus* et prononcer les paroles solennelles : *Ubi tu Gaius, ibi et ego Gaia*. Que si l'on admet le caractère exclusivement religieux du mariage par *confarreatio*, la faculté de le contracter par procuration n'en devient pas plus probable, le formalisme de la religion des Romains n'étant pas moins étroit que celui de leur droit civil primitif qui en tire son origine.

La *coemptio*, le troisième mode de formation du mariage avec *manus*, n'était qu'un mode d'acquisition de l'épouse par l'époux, dans la forme de la *mancipatio*. Il n'y avait, nous apprend Gaius, entre la *coemptio* et la *mancipatio* qu'une différence dans les paroles employées. Puisque la présence de l'acquéreur était une condition essentielle de la validité de la *mancipatio* et de même celle de la personne cédée *in mancipio*, on ne saurait admettre que la *coemptio* pût avoir lieu hors de la présence du futur époux jouant le rôle d'acquéreur et de la future épouse tenant celui de la personne cédée *in mancipio* par son *paterfamilias*.

S'il est vrai que le droit romain a admis la validité du mariage par procuration, du moins n'est-ce point le droit romain primitif, celui de l'époque où le mariage ne se séparait pas de la *manus*.

Nous allons rechercher maintenant si le mariage sans *manus* qui a survécu aux procédés du mariage accompagné de la *manus*, pouvait se contracter par le procédé de la procuration.

« Le mariage romain du droit récent ne comporte, nous dit M. Girard, aucune intervention de l'autorité publique correspondant à l'acte du mariage moderne. Sa validité est certainement aussi indépendante de la cohabitation physique (1). » C'est, en effet, à propos de ce mariage qu'Ulpien a écrit l'adage fameux : *Nuptias non concubitus, sed consensus facit*. Il ne convient pas, toutefois, de conclure de l'adage d'Ulpien que le mariage se forme par le simple échange des volontés ; M. Girard exprime formellement l'avis que le mariage exige de plus la mise de la femme à la disposition du mari, et, plus largement, l'établissement de la vie commune. « Le mariage, dit-il, est une façon de vivre, sa formation un changement d'existence. Or, un genre de vie, un changement d'existence ne peuvent résulter d'une pure intention. Ils exigent des actes. A la vérité, ces actes pourront être très variés, surtout quand les époux se trouveront dans le même lieu », mais, en tout cas, le mariage ne commencerait qu'au moment précis où s'établit la vie commune des époux.

M. Girard appuie son opinion sur un texte des *Sententiæ* de Paul, 2, 29, 8 : *Vir absens uxorem ducere potest, femina absens nubere non potest*.

La conclusion à tirer des paroles de Paul en ce qui concerne la validité du mariage par procuration

(1) GIRARD : *Manuel*. M. Ch. Lefebvre, dans *Le Lien du mariage*, dit plus brièvement : Les *justæ nuptiæ* sont un accord d'ordre purement civil.

s'impose logiquement, elle est que ce procédé de contracter est juridiquement inapplicable en droit romain récent. Un homme peut-il être uni par le lien du mariage avec une femme, à un moment où celle-ci est encore incapable de *nubere* ? Évidemment non : un homme n'est marié avec une femme qu'autant que cette femme est elle-même mariée avec cet homme. Aussi bien le mariage par procuration ne se conçoit-il que dans un système de droit qui considère le mariage comme un contrat, et un contrat parfait *solo consensu*, ce que n'a jamais fait le droit romain.

Nous ne prétendons pas, cependant, que le texte de Paul soit dépourvu de sens ; il en a un et fort clair, c'est que l'homme et la femme qui veulent contracter mariage ensemble peuvent échanger leurs consentements, *per nuntium vel epistulas*, comme le dira la *Lex de Ritu Nupti*. et qu'il ne manque plus alors qu'une condition pour l'existence du mariage, à savoir la *deductio uxoris in domum mariti*. Le *vir* fût-il alors absent de sa maison, le mariage est *ratum*, dirons-nous en empruntant cette expression au langage des canonistes. Puisque la femme ne peut manifester sa volonté utilement qu'en se laissant conduire volontairement *in domum mariti*, peut-être même le droit romain n'exigeait-il pas qu'elle le manifestât antérieurement d'une autre manière, oralement ou par écrit. Quoi qu'il en soit de ce point, la *deductio uxoris* était une formalité indispensable pour la conclusion du

mariage, car c'était la manifestation de l'établissement de la vie commune.

Remarquons que la *Lex de Ritu Nupti*, bien loin d'y contredire, corrobore, au contraire, formellement cette théorie : si elle déclare que le consentement au mariage peut être donné *per nuntium vel epistulas*, elle ajoute : *si femina deducatur in domum mariti*.

C'est donc à tort que Merlin a argumenté du texte de la *Lex de Ritu Nupti*, que nous venons de citer, pour soutenir que le droit romain admettait le mariage par procuration ; il ne l'a jamais admis à aucune époque que ce fût. Le raisonnement juridique le démontre pour les différentes formes du mariage de l'ancien droit, des textes de sens non équivoque en font la preuve pour le droit ultérieur.

Cependant, l'idée que le droit romain reconnaissait le mariage par procuration a été couramment admise depuis le moyen âge. Elle provient, comme nous le verrons, de l'interprétation erronée que les canonistes ont faite des textes du droit romain pour les appliquer à une conception du mariage toute différente de celle que s'en faisaient les Romains.

Ceux-ci, nous l'avons vu, considéraient le mariage comme un genre de vie ; l'Église, au contraire, l'a considéré comme un contrat à la perfection duquel le consentement des parties contractantes suffit seul.

« Le mariage par procureur, écrit M. Boudinhon dans un article publié en 1916 par *Le Canoniste Contem-*

porain, est entré dans le droit canonique d'emblée, comme conséquence indiscutable et indiscutée de la nature du mariage consensuel » ; cependant, on ne saurait dire qu'il y eut une législation spéciale du mariage par procuration avant le début du xiv^e siècle, et, avant la fin du xiii^e siècle on ne s'était point occupé du mariage par procureur.

La législation en cette matière se borne à un seul texte du début du xiv^e siècle et n'a été, depuis, ni modifiée ni complétée. Ce texte se trouve dans le neuvième et dernier chapitre du titre *De Procuratoribus* au *Sexte des Décrétales*, promulgué vers l'an 1300 par Boniface VIII.

Parmi les textes du droit romain relatifs au mariage, l'Église en rencontra certains qui semblaient ne pas exiger pour la validité du mariage d'autres conditions que le libre consentement des parties, entre autres le texte d'Ulpien que nous avons déjà cité : *Nuptias non concubitus sed consensus facit*. A une époque où le système juridique des Romains était mal connu dans son ensemble, il était aisé d'interpréter ce texte comme la preuve qu'en droit romain le mariage était un contrat et un contrat purement consensuel. Cette interprétation convenait d'ailleurs à l'Église qui tirait, d'autre part, l'idée du mariage-contrat des textes sacrés des Livres Saints.

Ainsi la raison écrite, le droit romain paraissait d'accord avec l'institution divine du mariage, telle

qu'elle résultait des textes de l'Ancien Testament et des préceptes du Christ. Sur un point, cependant, mais sur un point capital aux yeux de l'Église, il y avait divergence évidente entre le droit romain et la théorie ecclésiastique du mariage : le premier exigeait de la part de la femme pour la conclusion du mariage plus qu'il ne demandait à l'homme; l'Église, au contraire, entendait les traiter sur un pied de parfaite égalité à ce point de vue. Pour mettre les textes du droit romain d'accord avec son système, l'Église imagina de considérer comme non écrits les derniers mots du texte de Paul et de celui de la *Lex de Ritu Nupti*, exigeant la *deductio uxoris in domum mariti* pour la perfection du mariage. De cette suppression il résultait : 1^o la validité du mariage entre absents; 2^o la possibilité pour les absents de donner un consentement valide *per nuntium vel epistulas*. L'Église, considérant le mariage comme un contrat et comme un contrat purement et simplement consensuel, est parfaitement conséquente avec elle-même en décidant qu'il importe peu que le consentement ait été donné oralement, par signe, par écrit ou par messenger, qu'il n'est point nécessaire que les parties soient en présence au moment où le contrat se passe, du moment que, pleinement conscientes de l'engagement qu'elles prennent, elles y ont librement consenti.

Mais nous assistons à une curieuse métamorphose du *nuntius* en *procurator*. Ce n'est point le résultat d'un contresens; dans le latin d'église, aussi bien que

dans le latin classique, *nuntius* signifiait messenger. C'est avec beaucoup de raison que dans le texte de la *Lex de Ri'u Nupti*, les mots *nuntium* et *epistulas* sont reliés par la conjonction *vel*, le *nuntius* n'est que le porteur d'un message verbal, et, si l'on veut emprunter sa définition à une expression du Psalmiste, une « *epistula quæ scientiam habet vocis* ». Si, dans le droit canonique, le *nuntius* s'est mué en *procurator*, c'est qu'en matière de mandat les principes du droit romain sont renversés, et qu'à l'époque où l'Église a admis le mariage par procuration, c'est un adage admis que *qui mandat ipse fecisse videtur*.

M. Esmein, dans son *Mariage en droit canon*, a tracé de main de maître la genèse du mariage par procuration. Que le mariage du droit canon peut être contracté entre absents et par mandataire, « c'est, dit-il, une opinion admise dans la glose du Décret (1) ».

Il existait, cependant, deux difficultés, la première tirée des décisions du droit romain sur les mariages entre absents, la seconde résultant de « l'importance qu'avaient les *verba*, d'après la théorie ancienne (2) ».

On écarta la première, en déclarant que le *jus canonicum* entendait traiter la femme aussi bien que l'homme. *Hostiensis*, dans sa *Summa, De Sponsa*, reproduit l'objection tirée de l'obligation de la *deductio uxoris* en ajoutant: « *Sed non puto quod secundum canones sint subtili-*

(1) ESMEIN : *op. cit.*, T. I, p. 169 et note.

(2) *Id.*, p. 170.

tates hujusmodi admittendæ; sicut ergo vir potest per nuncium uxorem ducere, sic et mulier virum, quia non ad imparia judicantur circa matrimonium (1). »

En ce qui concerne les *verba*, « on écarta la difficulté en disant que leurs procureurs pouvaient les prononcer pour eux; que les époux étaient censés parler par la bouche de leurs mandataires (2) ». La Glose prononce : « *Dic quod ore videntur consentire, cum procuratores eorum nomine consentiunt* (3). »

La Décrétale de Boniface VIII fixa les conditions auxquelles étaient soumises les procurations de mariage. Il fallait : 1° que le mandat fût spécial, c'est-à-dire qu'il portât l'indication de la personne que le mandataire avait mission d'épouser; — 2° que le procureur épousât lui-même, à moins qu'une clause expresse ne l'autorisât à se substituer un tiers; — 3° enfin que la procuration n'eût point été révoquée avant la célébration.

Cette troisième condition est la seule qui mérite de retenir notre attention, car la première se justifie d'elle-même, et la seconde n'est qu'une application des principes généraux du contrat de mandat. Nous noterons seulement, avant d'entrer dans l'examen de la troisième condition, que la Décrétale ne déterminait rien en ce qui concernait la personne du procureur et la forme du

(1) Cité d'après ESMEIN : *eod. loc.*

(2) ESMEIN : *op. cit.*, p. 170.

(3) Cité d'après ESMEIN : *eod. loc.*

mandat, pour la raison qu'au xiv^e siècle le mariage ne consistait encore que dans le simple échange des consentements sans aucune solennité de forme ni de publicité.

L'Église admettait, de la manière la plus nette, le principe que le mariage requiert le consentement des parties au moment même de sa célébration, aussi la Décrétale décidait-elle que si, au moment de la célébration, le consentement avait été révoqué, même à l'insu du *procurator*, le mariage, même célébré, était inexistant.

« Ce qui concerne la non-révocation du mandat (de mariage) était déjà contenu dans la glose de Johannes Teutonicus qui, à ce propos, s'exprime dans les termes suivants : « *Requiritur quod duret voluntas prioris, nam requiritur ibi mutuus consensus. Secus tamen est in aliis mandatis, nam licet revocetur mandatum, altero ignorante, tenet tamen contractus* (1). »

Et cette différence essentielle entre la procuration de mariage et les procurations données pour tous autres objets est, bien certainement, la raison la plus forte que l'on puisse invoquer pour repousser, en principe, la possibilité d'admettre que le mariage soit contracté par procureur.

L'Église savait qu'en admettant le mariage par procuration, elle courrait le risque de célébrer quelquefois

(1) LESMEIN : *op. cit.*, p. 171, note 1.

des mariages de fait inexistants, la partie absente ayant retiré son consentement au moment de la célébration, mais l'inconvénient lui parut moins grave que de refuser à un grand nombre de personnes la possibilité de contracter mariage, impossibilité à laquelle elles se fussent heurtées lorsqu'elles ne pouvaient se rendre dans le lieu où se trouvait celui ou celle avec qui elles voulaient s'unir par le sacrement (1).

Quand le Concile de Trente eut décidé que le *nudus consensus* ne suffisait plus pour faire le mariage, mais qu'il fallait que le consentement fût donné *in facie Ecclesiæ* et en présence du *parochus*, on se demanda si cette formalité substantielle n'exigeait pas la présence personnelle des deux époux. Sanchez nous dit que certains canonistes avaient conclu de la réforme tridentienne à l'abolition du mariage par procuration (2).

Mais comme, en fait, le Concile n'avait en vue que de condamner la conclusion des mariages clandestins et que les mariages par procureur n'étaient point par essence entachés du vice de clandestinité, — bien au contraire, puisqu'à tout le moins ils fournissaient un témoin, le procureur lui-même, — Sanchez conclut, avec l'opinion dominante, que les mariages par pro-

(1) « Le mariage contracté par lettre ne paraît pas avoir soulevé les mêmes scrupules, probablement parce qu'il était moins usité ; la plupart du temps, d'ailleurs, il devait se confondre avec le mariage par procureur, à une époque où les lettres étaient portées par un messenger spécial. » ESMEIN : T. I, p. 171.

(2) Voir ESMEIN : *op. cit.*, T. II, p. 213, note 1.

cureur restent permis : « *Ex praxi totius Ecclesiæ, passim enim post tridentinum celebrantur matrimonia per procuratores essetque intolerabilis error in Ecclesia tot matrimonia irrita censere* (1). » On décida même qu'il suffirait, comme par le passé, d'un mandat quelconque, pourvu qu'il fût spécial, même d'un mandat verbal, alors qu'il eût été logique d'exiger que le mandat fût donné dans la forme même qu'avait imposé le Concile pour le contrat de mariage, c'est-à-dire en présence du *proprius parochus* du mandant et de deux témoins. En effet, le principe de notre droit qui veut que le mandat donné pour passer un acte authentique soit lui-même donné en forme authentique, était déjà soutenu par les canonistes. L'Église cependant passa outre, pour ne point risquer d'empêcher, par cette exigence, la conclusion de mariages entre personnes peu instruites des formalités juridiques.

La doctrine dominante alla, pour la même raison, « jusqu'à soutenir qu'il n'est point nécessaire que le prêtre et les témoins constatent la réalité du mandat; ils n'ont point à entrer dans cette vérification difficile; ils constatent seulement qu'un consentement en vue d'un mariage est produit devant eux : il vaudra ce qu'il pourra (2) ».

Quant aux qualités exigées du *procurator*, Sanchez,

(1) SANCHEZ : *De sacr. matr.*, 1, II, disp. XI, n° 20, cité d'après ESMEIN : *op. cit.*, T. II, p. 213, note 2.

(2) ESMEIN : *op. cit.*, T. II, p. 214. Voir aussi dans la note 2 de la même page le texte de SANCHEZ.

après controverse, décide qu'il suffit uniquement que matériellement, naturellement, il soit capable de remplir le mandat : « *Multo certius est nullam desiderari aetatem nec qualitatem aliam in procuratore ad matrimonium constituto, præter eam, quam jus naturale exposcit ad explicandum consensum, nomine alterius, nimirum rationis usum* (1) ».

Cependant, en pratique, il n'en est plus ainsi; et tant en ce qui concerne la constitution du procureur *ad matrimonium* qu'en ce qui touche aux qualités requises chez le procureur, l'Église ne s'en tient plus maintenant aux seuls principes juridiques du droit canon. Pour constituer procureur *ad matrimonium*, la constitution en doit être faite par-devant un curé ou un prêtre et deux témoins, « non, suivant Boudinhon, comme solennité essentielle et à peine de nullité, ni par souci de se conformer aux prescriptions conciliaires, mais comme garantie d'authenticité et de certitude du mandat du procureur (2) ».

Le décret *Ne temere* du 7 août 1907, qui a pour but de supprimer la pratique des mariages par surprise en décidant que dorénavant le curé ne peut être *testis* qu'à condition d'avoir été *rogatus*, a entraîné indirectement pour lui l'obligation de conscience de ne pas se prêter à la célébration d'un mariage par procureur « sans s'être assuré que les pouvoirs du procureur sont

(1) Cité d'après ESMEIN : *op. cit.*, T. II., p. 214, note 3.

(2) BOUDINHON : art. cité.

réels et valables. Cela conduit... à une pratique de contrôle qui équivaut à un règlement et dont la sanction consiste dans le refus de procéder au mariage (1) ».

En fait, les curés ne doivent procéder à aucun mariage par procureur sans l'autorisation de l'Ordinaire (2). Celui-ci d'ailleurs, étant donné le silence de la Cour de Rome, a le droit de prendre à cet égard les mesures qui lui paraissent convenables pour assurer l'authenticité de la procuration et la dignité de la célébration. C'est ainsi qu'à la suite de la loi française du 4 avril 1915, l'Officialité du diocèse de Paris a décidé les quatre mesures suivantes :

1° Que la procuration serait écrite et dressée par un aumônier militaire ou un prêtre qualifié pour remplir aux armées les fonctions de confesseur, en présence du mandant et de deux témoins, conformément à une formule préparée par elle (3);

2° Que le procureur serait toujours un homme et un majeur à l'exception des proches parents de la future;

3° Que le mandat serait présenté à l'Officialité, qui en examinerait l'authenticité et permettrait ensuite de procéder au mariage ;

(1) BOUDINHON : art. cité.

(2) GASPARRI : n° 960.

(3) L'Officialité de Paris a déclaré ne pouvoir accepter la validité de la procuration civile en ce qui concerne le mariage religieux pour la raison que la circulaire du Garde des Sceaux précisait « très nettement » que le mandat, prévu par la loi du 4 avril 1915, ne visait que la représentation « devant l'officier d'état civil et pour l'accomplissement de toutes formalités *préalables* ».

4° Enfin, que mention serait faite sur l'acte de mariage de la procuration et du visa de l'Officialité.

Ces conditions remplies, le mariage par procuration peut être valablement célébré. Le mariage, cependant, ne se produira réellement qu'autant que la volonté du mandant de contracter le mariage pour la célébration duquel il a constitué procureur subsistera jusqu'à cette célébration. De Smet, dans son traité *De Sponsalibus et Matrimonio* (1), n° 70, page 91, note, dit expressément : « *Oportet ut intentio mandantis virtualiter perseveret* », et il ajoute, rapportant sur ce point la doctrine de Sanchez : « *Non refert tamen quod, tempore emissi consensus a procuratore, ipse mandans, dormiat aut ad alia distrahatur, vel et momentane insaniat.* » Sur ce dernier point, Sanchez commet une erreur évidente, car il n'y a pas de consentement possible de la part d'un insensé au moment d'une crise de folie. Gasparri repousse formellement la doctrine de Sanchez et, dans son *Tractatus canonicus de Matrimonio*, n'admet pas que le consentement persiste chez le dément passagèrement.

C'est au même canoniste que nous demanderons de nous faire connaître l'enseignement commun des conditions auxquelles devrait satisfaire le retrait du mandat, question dont ne traite pas le seul texte officiel de droit canon sur le mariage par procuration, la Décrétale de Boniface VIII. Il faut distinguer entre la révo-

(1) Bruges, 1911, chez Becquet.

cation expresse et publique, et la révocation occulte ou même purement intérieure. « Si la révocation est l'objet d'un acte public et officiel, par exemple devant notaire, le mariage contracté après cette révocation est certainement sans valeur. D'autre part, un retrait de procuration purement interne suffit à rendre le mariage nul par défaut de consentement; mais il faudra maintenir, au for externe, la validité du mariage; comment admettre, après coup, un tel retrait interne de consentement, et comment en faire la preuve? Que si la révocation du mandat a été faite en forme purement privée, quoique extérieure, tout se réduira à une question de preuve (1). »

Le nouveau Code du droit canon récemment promulgué par le pape Benoît XV contient trois canons, 1089 à 1091, qui résument la législation présente de l'Église sur le mariage par procuration, et ne modifient en rien, d'ailleurs, les principes antérieurs. En voici le texte :

Can. 1089.

1. *Firmis diocesanis statutis desuper additis, ut matrimonium per procuratorem valide ineatur, requiritur mandatum speciale ad contrahendum cum certa persona, subscriptum a mandante vel a paroco aut Ordinario loci in quod mandatum fit, vel a sacerdote ab alterutro delegato, vel a duobus saltem testibus.*

(1) GASPARRI : *op. cit.*, n° 973, cité d'après l'article de BOUDINHON.

2. *Si mandans scribere nesciat, id in ipso mandato adnotetur et alius testis addatur qui scripturam ipse quoque subsignet; secus mandatum irritum est.*

3. *Si, antequam procurator nomine mandantis contraxerit, hic mandatum revocaverit aut in amentiam inciderit, invalidum est matrimonium, licet sive procurator sive alia pars contrahens haec ignoraverint.*

4. *Ut matrimonium validum sit, procurator debet munere suo per se ipse fungi.*

Can. 1090.

Matrimonium per interpretem quoque contrahi potest.

Can. 1091.

Matrimonio per procuratorem vel per interpretem contrahendo parochus ne assistat, nisi adsit justa causa et de authenticitate mandati vel de interpretis fide dubitanti nullo modo liceat, habita, si tempus suppetat, Ordinarii licentia.

Notons enfin que le 19 juillet 1916, la S. C. des Sacrements, en reconnaissant valable au point de vue religieux le système du mariage par double procuration de la loi belge du 30 mai 1916, a précisé que le curé ou ordinaire compétent était celui des deux futurs époux et non celui du procureur, et qu'en conséquence ce dernier ne pouvait licitement s'acquitter de son mandat que par-devant le curé compétent ou avec son autorisation.

Jusqu'au milieu du xvi^e siècle, nos rois s'abstinrent

de légiférer civilement en matière de lien matrimonial, et à partir du moment où ils s'y décidèrent, ils ne le firent qu'avec la plus grande prudence. Cependant en s'inspirant de l'idée, admise d'ailleurs par un grand nombre de théologiens et des plus éminents, puisque parmi eux figurent saint Thomas d'Aquin et Sanchez, s'inspirant, disons-nous, de l'idée que le mariage peut être considéré sous trois points de vue, le point de vue naturel, le point de vue civil et le point de vue religieux, et considérant que le mariage est de sa nature un contrat, ils se reconnurent le droit de fixer les conditions de validité de ce contrat et de créer des empêchements d'ordre civil en ce qui le concernait. C'est ainsi, par exemple, qu'ils frappèrent de nullité le mariage des mineurs sans le consentement de leurs parents, en invoquant une présomption *juris et de jure* de rapt de séduction dans ce cas, et que, près de trois siècles avant le décret *Ne temere* du pape Pie X, ils opposèrent la nullité prohibitive aux mariages contractés devant le curé témoin involontaire.

Malgré l'union intime, malgré la solidarité de l'Église et de l'État, et bien que celui-ci ne soit pas parvenu à considérer le mariage comme un contrat d'ordre purement civil, nos anciens rois ont, cependant, fini par dégager le mariage de leurs sujets des seules prescriptions du droit canonique. On est donc justifié de dire qu'il existait, dans les derniers siècles de notre ancien régime, une législation civile du mariage.

Tant pour les conditions de fond que pour les conditions de forme, le mariage des Français différait grandement du mariage canonique, il possédait un caractère *sui generis* très nettement marqué. Dès lors, il ne paraît point hasardeux d'affirmer que les modes de contracter mariage, que reconnaissait le droit canonique et que les ordonnances royales n'ont pas infirmés, étaient valables du point de vue du droit matrimonial de l'ancienne France.

Pothier, examinant dans son *Traité du contrat de mariage* la question de savoir « si la célébration du mariage peut se faire par procureur? », y répond nettement par l'affirmative (1). Le mariage par procureur est valablement contracté, écrit-il, lorsque ces trois conditions (il s'agit des conditions requises par la Décrétale de Boniface VIII) concourent. « Quoique les parties réitérent depuis, par elles-mêmes, la cérémonie de la célébration de leur mariage, ce n'est point la réitération de cette cérémonie, c'est la célébration qui a été faite par procureur, qui donne au mariage sa perfection (2) ».

Le Code matrimonial, sous le mot Procureur, corro-

(1) POTHIER : *op. cit.*, article III de la Sect. 3 du Chap. I de sa quatrième partie, aux pages 461 et 469 du tome I.

(2) POTHIER : *op. cit.*, p. 463, en donne comme preuve qu'Henri IV, après avoir épousé par procureur Marie de Médicis, consumma son mariage à Lyon avant la réitération de la cérémonie. Quand Marie-Louise se présenta à Compiègne à Napoléon, elle lui remit une lettre de l'archevêque de Vienne attestant « que le mariage par procuration était suffisant pour que l'on pût se livrer à la consommation sans plus de cérémonie ».

bore l'opinion de Pothier, mais il invoque l'autorité de Van Espen qui déclare le mariage par procureur « permis », mais « non point digne d'être encouragé ».

Il semble qu'en fait, d'ailleurs, le mariage par procuration, après avoir été d'un usage assez répandu, tout au moins dans la noblesse, au début des temps modernes, aux ^{xv}^e et ^{xvi}^e siècles, était fort peu pratiqué à la fin de l'ancien régime ou peut-être même ne l'était plus du tout. Le Premier Consul devait faire remarquer, lors de la discussion du projet de Code civil devant le Conseil d'État, qu'il était tombé en désuétude. Ce procédé avait eu en tous temps, au contraire, une utilité singulière pour les unions entre personnes de familles souveraines, à qui la prudence politique conseillait de ne se point aventurer personnellement hors de leur État. Plusieurs de nos rois se sont mariés, on le sait, de cette manière, et Napoléon, dont on invoque les paroles et l'opinion pour soutenir que le Code civil n'admet pas la validité du mariage par procureur, devait lui aussi se marier avec Marie-Louise par procuration.

En somme, notre ancien droit français avait admis le mariage par procuration conformément aux principes du droit canonique en cette matière.

CHAPITRE II

LE DROIT INTERMÉDIAIRE ET LE MARIAGE PAR PROCURATION

Le droit intermédiaire devait transformer radicalement la conception du mariage. Malgré les innovations de la législation issue des ordonnances royales, le mariage n'en était pas moins resté, à tout prendre, dans l'ancienne France, un contrat considéré comme inséparable du sacrement. Seul, l'édit de 1787 sur l'état civil des non-catholiques avait admis, pour ces derniers, la faculté de faire procéder à la célébration de leurs mariages devant le juge royal ; encore l'édit leur laissait-il le choix de contracter l'union matrimoniale devant le prêtre, envisagé en tant que magistrat civil. « A l'égard des religions dissidentes, la sécularisation du mariage était faite : le mariage valait par la seule vertu de l'acte civil régulièrement accompli ; il était soumis uniquement à l'autorité séculière (1). » Pour la majorité des Français, le mariage était resté, de droit, à la fois un contrat et un sacrement (2).

(1) BASDEVANT : *Des Rapports de l'Eglise et de l'Etat dans la législation du mariage du Concile de Trente au Code civil*, pp. 168 et 169.

(2) GLASSON : *Du Consentement des époux au mariage*, p. 112.

Le principe que « la loi ne considère le mariage que comme contrat civil » fut posé par la Constitution de 1791, dans l'article 7 de son chapitre II. Le but poursuivi avait été d'assurer l'état civil de tous les citoyens, sans distinction de croyances religieuses, comme le démontre le fait que la loi qui, en application de ce principe, détermina les conditions de forme et de fond du mariage — la loi du 20 septembre 1792 — avait pour objet la détermination du mode de constatation de l'état civil des citoyens.

Les règles qu'elle posa concernant le mariage étaient des plus simples. A l'égard du consentement, elle se borne à poser en principe que « ceux qui sont incapables de consentement ne peuvent se marier (1) ». Touchant les formes suivant lesquelles le consentement doit être manifesté, elle est plus complète, mais ces formes sont des plus sommaires, et n'ont d'ailleurs rien d'original : sauf la substitution de l'officier public au curé, et de la salle publique de la maison commune à l'église, — changements de personne et de lieu qui sont la conséquence naturelle de la sécularisation du mariage — la loi de 1792 ne fait que reproduire les formalités qu'imposait notre législation anté-révolutionnaire, présence de quatre témoins, déclaration faite à haute voix par les parties qu'elles se prennent en mariage et prononcé par l'officier public au nom de la

(1) GLASSON : *op. cit.*, p. 115.

loi qu'elles sont unies en mariage. « En présence de quatre témoins et dans la salle publique de la maison commune, le mariage est contracté par la déclaration que chacune des parties doit faire à haute voix en ces termes : « Je déclare prendre (ici le nom) en mariage. » Après cette déclaration, l'officier public, *en présence* des parties et des témoins, prononce, au nom de la loi, qu'elles sont unies en mariage. » C'est dans ces quelques lignes que M. Glasson résume les formalités de la célébration du mariage, suivant la législation du droit intermédiaire (1).

M. Glasson souligne lui-même les mots en présence dans sa dernière phrase, et de l'existence de ces mots, de la place qu'ils occupent, il croit pouvoir conclure que « le mariage par mandataire n'est plus possible à partir de cette époque : la loi, dit-il, exige, en termes formels, la présence des parties (2) ».

Ainsi, faute de trouver dans le Code civil un texte qui interdise le mariage par procuration, on aurait du moins la possibilité de remonter jusqu'au droit intermédiaire pour y trouver un texte qui aurait aboli explicitement, prétend-on, un mode de contracter mariage reconnu comme légitime en France, depuis les origines de notre pays ! N'est-ce point aller un peu bien vite en besogne et tirer du texte de la loi une conclusion qu'il ne comporte pas nécessairement ?

(1) *Op. cit.*, pp. 115 et 116.

(2) *Ibid.*

Nous pensons que de l'analyse de la loi, on peut tirer une conclusion différente.

Si le législateur révolutionnaire avait eu l'intention d'abolir le mariage par procuration, nous croyons qu'il aurait rédigé son texte d'une manière différente, que, par exemple, il aurait dit : chacune des parties doit faire *personnellement* à haute voix... Ce n'est point ce qu'il a fait. En ce qui concerne la déclaration des parties, il n'a en rien modifié la forme de procéder antérieure. C'est seulement avant d'en venir à l'obligation pour l'officier public de rédiger l'acte de mariage, dont la rédaction ou la non-rédaction n'importe pas, ne l'oublions point, à l'existence même du mariage, qu'il a fait à l'officier public l'obligation de prononcer l'existence de l'union matrimoniale en présence des parties et des témoins.

Le sens de la rédaction employée nous paraît être le suivant : si, après la déclaration exigée des parties, l'officier public les laissait se retirer avec les témoins et ne prononçait qu'elles sont unies par le mariage qu'après leur départ, il n'aurait point eu au mariage le rôle actif que la loi exige pour la validité du mariage, et, en conséquence, le mariage serait nul. Cette interprétation nous paraît commandée par l'intention du législateur révolutionnaire de revêtir d'une forme solennelle qui assure la constatation certaine de l'état de personnes mariées l'acte du mariage, conformément à l'objet même poursuivi par la loi dont il s'agit. L'in-

interprétation des mots en présence des parties, étant donnée leur place, dans le sens de l'abolition du mariage par procuration, nous semble mal fondée. L'intention du législateur d'abolir le procédé du mariage par procuration n'apparaît pas à propos de la rédaction de la loi du 20 septembre 1792 ; on ne saurait légitimement l'inférer du texte que nous venons de discuter sans commettre, pensons-nous, un véritable abus du droit d'interprétation des textes juridiques. Nous concluons donc, qu'en ce qui concerne le mariage par procuration, le législateur révolutionnaire a laissé les choses dans l'état où il les a trouvées antérieurement : le mariage par procuration n'a pas été aboli par la loi du 20 septembre 1792. L'a-t-il été par le Code civil ? C'est ce que nous allons examiner maintenant.

CHAPITRE III

LE CODE CIVIL ET LE MARIAGE PAR PROCURATION

C'est un principe général, mais non pas absolu, de notre droit français moderne, que les contrats sont purement consensuels, c'est-à-dire qu'étant donnés un objet déterminé, une cause licite et des personnes capables de contracter, le consentement non vicié de ces personnes suffit à la perfection du contrat.

Cette règle souffre une double exception : à côté des contrats consensuels, purement consensuels, il y a, mais en nombre limité, d'une part des contrats réels, et, de l'autre, des contrats formels. Les premiers n'ont d'existence que si, aux conditions requises pour la validité des contrats consensuels, s'ajoute un élément réel, la tradition ou livraison de la chose ; c'est par leur nature que les contrats réels sont réels. Pour les seconds, ce qui les distingue des contrats consensuels, c'est l'obligation pour les parties de manifester leur consentement dans la forme prescrite par le législateur, qui a déclaré devoir être nuls ou inexistants les contrats de cette catégorie, si les parties négligeaient de

manifester leur consentement dans la forme légalement requise. Ici, suivant le vieil adage, *forma dat esse rei*, le consentement des parties est toujours nécessaire pour que les contrats formels soient de véritables contrats, mais donné sans les formes légales il ne suffit pas à créer l'obligation. Ces contrats sont, dans notre droit, qualifiés de solennels. C'est à la volonté du législateur qu'ils doivent leur qualité particulière, c'est la loi qui, parmi les contrats nommés purement consensuels de leur nature, les a distingués à cause de l'importance de leur objet pour les revêtir d'une sorte de dignité particulière. Le droit civil français en contient sept, au nombre desquels figure le mariage.

On comprend aisément que la loi ait placé le mariage au rang des contrats solennels, qu'elle ait voulu assurer l'authenticité des unions matrimoniales en requérant que le consentement des parties fût donné en forme solennelle, car si le mariage intéresse les époux, il intéresse aussi la société et l'État dont il est, a-t-on dit justement, « la pépinière ». Cette exigence est justifiée dans l'intérêt des époux eux-mêmes, car l'état de mariage est un état honorable qu'il importe de ne point confondre avec le concubinage, et seule la réception officielle, au nom de la Société, de la volonté de l'homme et de la femme qu'ils se prennent pour époux légitimes, peut permettre de faire cette distinction.

Pour avoir considéré les *justæ nuptiæ* comme un *accord* purement civil, les Romains en sont vite arrivés

à une très grande difficulté de les distinguer du concubinat, et cette difficulté même les a amenés à ne point considérer le concubinat pour ce qu'il est, un simple état de fait, mais à prétendre y voir une sorte de mariage d'ordre inférieur qui ne se distinguait des *justæ nuptiæ* que parce que le père n'avait pas sur les enfants nés de cette union les pouvoirs du *paterfamilias* sur ses enfants nés des *justæ nuptiæ*. Cette malheureuse distinction n'a pas peu contribué à la décadence de la puissance romaine.

Le droit canonique, bien que partant d'une idée différente, du principe que le mariage est un contrat, avait abouti à un inconvénient pratiquement semblable, celui des mariages clandestins, parce qu'il considérait ce contrat comme purement consensuel. Le Concile de Trente comprit la nécessité d'exiger l'accomplissement de quelques formalités pour assurer l'authenticité du contrat de mariage : la réforme opérée par ce concile transforma le mariage en contrat solennel. Notre ancien droit français fut, nous l'avons vu, plus exigeant en cette matière que le droit canonique réformé ; le droit intermédiaire maintint les formalités de notre ancien droit sans y rien ajouter. Voyons ce qu'a fait en cette matière notre droit moderne.

Malgré un grand luxe de détails, le titre consacré au mariage dans notre Code civil laisse fort à désirer. Le législateur du Code a entendu, cela est évident, faire du mariage un contrat solennel, mais il ne l'a

point dit expressément. Cela est déjà regrettable. Ce qui l'est davantage, c'est qu'ayant prescrit de très nombreuses formalités, il a négligé de spécifier quelles de ces formalités sont substantielles, et quelles ne le sont pas, de telle sorte qu'une matière aussi grave est abandonnée à l'arbitraire des juges !

Baudry-Lacantinerie donne, dans son *Précis de droit civil*, une démonstration du caractère solennel du mariage qui nous paraît irréfutable. « Si, dit-il, le mariage n'était pas un contrat solennel, il ne pourrait être qu'un contrat consensuel ; il serait donc valable par le seul consentement des parties, manifesté dans une forme quelconque, même en dehors de la présence de tout officier public, même tacitement, ce qui est bien certainement inadmissible. » Comment, en effet, un mariage tacite, un mariage par *usus* se distinguerait-il du concubinat ?

Ce premier point est acquis, mais de quelles formalités, disons-nous, que, conformément au principe des contrats solennels : *forma dat esse rei*, elles créent le contrat ?

Les formalités qu'exige la loi se répartissent en deux catégories, les unes précèdent la célébration, les autres l'accompagnent. Les formalités qui précèdent la célébration consistent : 1° dans la publication des bans ; 2° dans la remise à l'officier de l'état civil qui doit le célébrer, d'un certain nombre de pièces. La publication des bans n'a rien à voir, bien que de la

synonymie des mots on puisse être tenté de le supposer, avec la publicité du mariage, la preuve en est que dans certains cas on peut obtenir dispense de cette publication; son but n'est que de permettre à qui de droit de faire valoir en temps utile les oppositions au mariage. Quant à la remise préventive des pièces, en ce qui concerne la plupart d'entre elles, cette exigence légale est motivée par la raison de permettre à l'officier de l'état civil de s'assurer qu'il peut procéder à la célébration légalement, les parties étant capables de s'engager par mariage, de se marier ensemble, enfin qu'il est bien lui-même compétent pour célébrer le mariage.

Nous arrivons aux formalités qui accompagnent la célébration. Elles sont relatives: 1° au lieu où doit se célébrer le mariage; 2° à la détermination de l'officier public compétent pour procéder à la célébration; 3° à l'appareil qui accompagne la célébration; 4° au mode suivant lequel elle s'effectue; 5° à la rédaction de l'acte de mariage. Ces formalités sont les seules qui intéressent directement le sujet de notre thèse. C'est, en effet, parmi celles-ci que se trouvent les formalités substantielles. La plupart d'entre elles sont inscrites dans l'article 75 qui est ainsi conçu: « Le jour désigné par les parties, après le délai des publications, l'officier de l'état civil, dans la maison commune, en présence de quatre témoins, parents ou non-parents, fera lecture aux parties des pièces ci-dessus mentionnées, relatives à leur état et aux formalités du mariage, et du chapitre VI

du titre du mariage sur les droits et les devoirs respectifs des époux... Il recevra de chaque partie, l'une après l'autre, la déclaration qu'elles veulent se prendre pour mari et femme; il prononcera, au nom de la loi, qu'elles sont unies par le mariage, et il en dressera acte sur-le-champ. »

Notre article contient beaucoup de choses, et cependant on n'y trouve pas tout ce qui concerne les formalités de la célébration, puisqu'une de ces conditions auxquelles le législateur tient le plus, celle de la publicité, se trouve dans l'article 165, où il est dit que le « mariage sera célébré publiquement... ».

Analysons l'article 75 : qu'y trouvons-nous ? 1° L'indication d'un simple fait, et non pas d'une formalité, à savoir que le choix du jour de la célébration appartient aux parties;

2° Le rappel du principe des délais des publications;

3° La désignation du lieu où doit se célébrer le mariage (la maison commune);

4° L'obligation de le célébrer en présence d'un certain nombre de témoins (quatre);

5° La désignation du personnage qui, au nom de l'État, intervient activement dans la célébration concurremment avec les parties (l'officier de l'état civil);

6° L'énonciation des actes que l'officier de l'état civil doit accomplir : d'abord deux lectures successives : a) celle des pièces relatives à l'état des futurs conjoints et aux formalités antérieures à la célébration ; b) celle du

Chapitre VI du titre du mariage qui a trait aux droits et aux devoirs respectifs des époux (il ne lit en fait que les deux premiers articles de ce chapitre); en second lieu, l'interpellation qu'il doit adresser aux parties pour recevoir d'elles la déclaration qu'elles veulent se prendre pour mari et femme; troisièmement, l'obligation qui lui incombe, après qu'elles ont répondu toutes deux affirmativement, de les déclarer, « au nom de la loi, unies par le mariage »; enfin, l'obligation d'en dresser acte sur-le-champ.

L'article 75 ne contient pas uniquement des formalités, puisqu'il débute, nous venons de le voir, par la simple indication d'un fait; de plus, il est certain que toutes les formalités dont il contient la prescription ne sont pas substantielles, puisqu'il est, par exemple, permis de se marier ailleurs qu'en la maison commune, dans la demeure d'une des parties, impotente ou malade, pourvu que, dans ce cas, les portes de la maison privée où se célèbre le mariage soient maintenues ouvertes au public.

Dans le silence de la loi, c'est donc à la doctrine et à la jurisprudence que nous devons demander d'éclairer notre religion sur les formalités substantielles du mariage. Ni l'une ni l'autre ne sont unanimes dans leurs réponses. « On est à peu près d'accord, écrit Baudry-Lacantinerie, pour admettre qu'elles se réduisent à la manifestation du consentement des parties devant un officier de l'état civil et au prononcé de leur union,

au nom de la loi, par cet officier... Les autres formalités prescrites le sont, tout au plus, ajoute-t-il, à peine de nullité. » D'autre part, d'après un arrêt de la Cour de Cassation cité par le même auteur, « la déclaration des parties qui constate leur consentement libre et volontaire, et celle de l'officier de l'état civil qui prononce, au nom de la loi, que l'union conjugale est formée, sont des formalités substantielles sans l'accomplissement desquelles il ne saurait y avoir de mariage (1) ».

L'accord est peut-être absolu en ce qui concerne la formalité du prononcé de l'union par l'officier de l'état civil, c'est en tout cas un point que nous n'avons pas à examiner ici, puisqu'il est hors de notre sujet; mais en ce qui concerne l'obligation des parties de comparaître personnellement lors de la célébration pour donner elles-mêmes leur consentement, la doctrine n'est nullement d'accord, et si la jurisprudence est aujourd'hui fixée dans un sens opposé à la faculté de contracter mariage par procureur, la première fois que la question s'est posée devant elle, elle l'avait résolue par l'affirmative.

Avant de reprendre nous-même la discussion de cette question, nous allons exposer les arguments que les jurisconsultes et les tribunaux ont apportés en faveur de l'autre thèse.

(1) BAUDRY : *Précis*, T. I, p. 229 de la onzième édition.

Les auteurs qui soutiennent que sous l'empire de la législation du Code civil le mariage ne peut se célébrer par procureur sont, incontestablement, beaucoup plus nombreux que les partisans de l'opinion opposée. Les arguments qu'ils invoquent peuvent se répartir en : 1^o Arguments d'interprétation de textes; 2^o arguments d'interprétation de l'esprit général qui inspire le titre du mariage; 3^o arguments tirés des travaux préparatoires; 4^o arguments de ce que aucune disposition du Code n'a révoqué l'obligation de la présence des parties exigée par la législation immédiatement antérieure (celle de la loi de 1792); 5^o argument spécial de Laurent.

Nous verrons, d'ailleurs, que les partisans de la négative sont loin de conclure avec une égale énergie.

A. — Arguments d'interprétation de textes.

Pour soutenir l'interdiction du mariage par procureur, on a posé comme base que l'article 36 suppose des cas où les parties intéressées sont obligées de comparaître en personne.

Comme le dit *Demante*, sous l'article 36 : « L'obligation de comparaître en personne n'existe pas sans une disposition spéciale... » Faut-il pour que l'obligation de comparaître en personne existe que la disposition spéciale *prescrive* cette obligation ou suffit-il qu'elle la *suppose* ?

Demante estime que cette seconde hypothèse rend la comparution en personne non moins obligatoire

qu'une prescription formelle; en effet, à la suite des mots disposition spéciale, il ajoute : « Qui la prescrive ou la pose. »

Aucun texte ne prescrit la comparution en personne des futurs époux, il reste à établir qu'il en existe qui la supposent. C'est, disent les adversaires du mariage par procuration, l'article 75 qui prescrit la lecture aux parties du chapitre VI du titre du mariage sur les droits et les devoirs respectifs des époux par l'officier de l'état civil, et les termes du dernier paragraphe de cet article disant : « Il (l'officier de l'état civil) recevra de chaque partie, l'une après l'autre, la déclaration qu'elles veulent se prendre pour mari et femme... » Pour Demante, la nécessité de la présence des contractants en personne « s'induit particulièrement de la lecture qui doit leur être faite du chapitre de la loi sur les droits et devoirs respectifs des époux, formalité insignifiante si cette lecture n'était entendue de ceux auxquels elle s'adresse (1) ». « Cette lecture, suivant *Delvincourt*, ne peut avoir d'autre but que de faire connaître aux époux leurs devoirs respectifs à une époque où ils sont encore libres. On en conclut, avec assez de raison, que l'on ne peut se marier par procureur (2). »

Richelot (3) tient que la comparution personnelle des parties au mariage « est l'un des cas exceptionnels prévus par l'article 36 ».

(1) DEMANTE : *loc. cit.*

(2) DELVINCOURT : T. I, p. 115, note 1.

(3) *Principes de Droit civil*, T. I, n° 175.

Duranton est moins affirmatif que *Richelot*. Il n'affirme pas que le mariage est un des cas exceptionnels auxquels fait allusion l'article 36, il se contente de dire que « le mariage ne paraît point être un de ces cas (où l'on peut se faire représenter par un fondé de procuration spécial et authentique), car, suivant l'article 75, l'officier de l'état civil reçoit de chacune des parties, l'une après l'autre, la déclaration qu'elles veulent se prendre pour mari et femme et qu'il doit leur donner lecture du chapitre VI du titre du mariage...; lecture qui serait fort insignifiante si elle était faite à un mandataire (1) ».

Zachariæ estimait également que l'article 75 contenait exception à la règle que les parties peuvent en général se faire représenter par un mandataire porteur d'une procuration spéciale et authentique (2).

Pour *Arntz*, « la présence des parties en personne n'est formellement exigée que pour l'acte de divorce par consentement mutuel, mais on doit admettre la nécessité de la comparution personnelle aussi dans l'acte de mariage... Cela résulte de la nature des formalités prescrites, notamment de la nécessité de la lecture du chapitre VI (3) ».

Pour *Marcadé* (*explication du Code civil*), art. 36,

(1) DURANTON : *Cours de Droit civil français suivant le Code civil*, 1825, T. I, n° 287.

(2) *Cours de Droit civil français*, 3^e édit., AUBRY et RAU, parag. 59, note 3.

(3) ARNTZ : *Cours de Droit français*, 1879, T. 1, n° 140, 317.

« Les parties peuvent se faire représenter pour tous actes d'état civil, excepté pour les actes de mariage où leur présence est nécessaire... Notre article prouve qu'il est au moins un cas où l'on est obligé de comparaître en personne, et ce cas ne peut être que celui du mariage... On ne trouve ni au titre du mariage, ni dans le chapitre III de notre titre qui s'occupe des actes de mariage, aucun texte qui fasse allusion à l'hypothèse d'un mariage contracté par un fondé de pouvoir; au contraire, il y est toujours question des parties elles-mêmes, notamment dans l'article 75 ».

B. — Arguments tirés de l'interprétation de l'esprit général qui inspire le titre du Code civil consacré au mariage.

« Il n'y a pas de mariage, dit l'article 146, lorsqu'il n'y point de consentement. » Pourquoi le législateur du Code civil s'est-il cru obligé de consacrer un article à l'expression d'un principe juridique aussi évident? C'est sans doute que, n'ayant pas traité du mariage dans la partie du Code consacrée aux contrats et n'ayant pas dit expressément que le mariage était un contrat, il a voulu cependant, par un texte formel, mettre ce point hors de tout conteste. Il s'est souvenu, sans doute, de la tendance de l'ancien droit français issu des ordonnances royales qui inclinait à faire prédominer la volonté du père de famille sur le libre consentement des jeunes gens en matière d'unions matrimoniales, et n'a point voulu qu'à l'exemple de ce célèbre conseiller

au Parlement de Paris, un père pût encore dire à son fils : « Je vous ai fiancé à la fille de mon collègue X. — Mais, mon père... — Qu'y a-t-il, mon fils ! Mêlez-vous de vos affaires et laissez-moi m'occuper des miennes ! »

L'interdiction du mariage par procuration résulterait de la nécessité d'assurer le plus complètement possible la liberté des parties dans la célébration du mariage, au moment même où elles doivent contracter. Suivant *Laurent*, les solennités du mariage ont été instituées justement dans le but de garantir la liberté des parties. « Comment cette liberté serait-elle assurée si l'époux violenté pouvait se faire représenter par un fondé de pouvoir (1) ? » « Le plus grave des actes de la vie, dit de son côté *Richelot* (2), exige que chacun des intéressés y préside lui-même, et conserve jusqu'au dernier moment la faculté de ne pas contracter un engagement indissoluble, s'il survient quelque motif de craindre que cette union ne soit pas bien assortie... Telle nous paraît être ici la principale raison de décider. Elle est, selon nous, une conséquence du principe qui exclut toute restriction, même indirecte, apportée à la liberté en matière de mariage. »

« Remarquons, dit *Ducaurroy*, que la liberté (celle des futurs époux) serait bien moins garantie par une procuration qui peut être extorquée ou surprise, que par leur présence devant l'officier civil (3). »

(1) LAURENT : T. II, n° 427.

(2) *Op. cit.*, T. I, n° 175.

(3) DUCAURROY : *op. cit.*, T. I, n° 285, p. 176.

Vazeille, dans son *Traité de mariage* (1), estime le mariage par procuration « contraire à la raison de la loi », parce que la volonté des parties doit concourir au moment du contrat et que le consentement porté par un mandataire n'est pas, avec certitude, la volonté du mandant au moment de la célébration. Et il conclut qu'on ne doit pas croire le mariage par procuration « permis, parce que la loi ne l'a pas défendu ; on doit le juger interdit, parce qu'elle ne l'a point autorisé (2) ». Si, d'ailleurs, la formalité de la lecture du chapitre sur les droits et les devoirs des époux a pris place parmi les solennités de la célébration du mariage, c'est que, lors de la discussion de l'article 75 au Conseil d'État, le Premier Consul la proposa, en faisant observer « que cette lecture donnerait à une fille dont on aurait forcé les inclinations, le temps de réclamer à la face du public (3) ».

Enfin Ducaurroy, raisonnant du principe que le consentement des parties est, en matière de mariage, nécessaire au moment même de la célébration, remarque que « si on le (mariage par procuration) faisait revivre, il faudrait admettre, avec l'ancienne jurisprudence, que la révocation du mandat, fût-elle ignorée de tous, suffi-

(1) Publié en 1825, n° 184, p. 249.

(2) Vazeille ajoutait que le mariage par procureur exposerait trop à l'erreur sur la personne.

(3) *Arntz* argumente de la même manière que Laurent, Richelot et Ducaurroy : « Le législateur veut avoir une garantie que le libre consentement des époux qui est le fondement du mariage, a duré jusqu'à la célébration. »

rait pour détruire les pouvoirs du mandataire, et alors l'existence du mariage dépendrait d'une circonstance inconnue au moment de la célébration. L'état des époux resterait douteux. On tomberait même dans une double incertitude, si les contractants avaient chacun leur mandataire ».

C. — Les travaux préparatoires sont peu concluants en ce qui concerne le point de savoir si le législateur du Code civil entendait écarter ou permettre le procédé du mariage par procuration. *Locré* et *Marcadé* invoquent dans le sens de la négative une réflexion du Premier Consul à propos de l'erreur sur la personne, disant, sans être contredit, que « le mariage n'avait plus lieu qu'entre personnes présentes ». *Ducaurroy* cite ces paroles en note, « non pour établir un point de droit, mais pour constater un fait ».

D. — Mais *le même auteur*, suivi en cela par *Glasson* dans son ouvrage *Du Consentement des époux au mariage*, invoque, en faveur de la prohibition du mariage par procuration sous l'empire du Code civil, un argument juridique qui repose sur le fait que le Code n'ayant pas formellement établi ou, si l'on préfère, rétabli, l'autorisation d'user de ce procédé, il doit être considéré comme n'existant plus légalement, parce que au moment où le Code fut promulgué il avait cessé d'être légal en vertu de la législation du droit intermédiaire. « A l'époque de la Révolution, dit *Ducaurroy*, les mariages par procureur étaient tombés en désué-

tude... L'Assemblée législative a consacré l'usage universel par une loi dont toutes les expressions supposent que les parties comparaitront en personne. Le Code civil est, évidemment, rédigé dans le même esprit. Il a donc laissé la législation dans l'état où elle se trouvait, et, comme les mariages par procuration n'ont existé en France qu'en vertu d'un usage qui, depuis, est tombé en désuétude, il a suffi au Code de ne point les rétablir. »

E. — *Laurent*, toujours ingénieux et subtil à argumenter, a imaginé un raisonnement qu'il a hardiment et même témérairement qualifié de « décisif », et dont le moins que l'on puisse dire est, au contraire, qu'il n'est pas pertinent. Il consiste à invoquer le fait que le mineur n'est pas représenté par son tuteur dans son mariage, alors qu'il l'est pour tous les autres actes de la vie civile. « Cela, conclut-il triomphalement, ne prouve-t-il pas à l'évidence que, dans l'esprit de la loi, le mariage doit se contracter en personne? Si elle admettait le mariage par procureur, elle aurait dû l'admettre pour les mineurs qui agissent toujours par procureur. Si elle ne veut pas que le mineur soit représenté par son tuteur, conçoit-on qu'elle lui permette de se faire représenter par un fondé de pouvoir? Et si elle ne le permet pas aux mineurs, le permettra-t-elle aux majeurs? » L'étrange raisonnement, en vérité! Comment *Laurent* a-t-il pu oublier que le mariage étant un contrat qui engage non pas seulement les biens

du contractant mais sa personne et son avenir, toute sa vie, il était de droit naturel et de simple bon sens que la partie, fût-elle en tutelle, le contractât elle-même, et non par l'intermédiaire d'une autre personne sous l'autorité de laquelle elle se trouverait légalement placée, et que, si les circonstances obligeaient le mineur à se marier par procuration, il devait pouvoir choisir lui-même son mandataire et n'être point tenu d'avoir recours à son tuteur qui, vu les circonstances, ne pourrait ou ne voudrait s'acquitter de ce mandat spécial. L'autonomie du mineur dans la célébration du mariage doit se refléter dans la liberté du choix de son mandant spécial au cas où les circonstances l'obligent à recourir au procédé du mariage par procuration.

La plupart de ces auteurs n'ont pas pris la peine d'indiquer quel était, suivant eux, le caractère de la nullité qui serait celle d'un mariage conclu par procureur, si un tel mariage serait inexistant, si la non-présence des deux parties à la célébration était un empêchement prohibitif ou un empêchement dirimant au mariage. Seuls *Richelot* et *Demolombe* ont donné leur avis sur ce point, et ils ne voient dans la non-observation du principe de la présence personnelle des parties qu'un empêchement prohibitif. Voici en quels termes s'exprime le premier : « Peu importe que la lecture du chapitre sur les droits et les devoirs des époux ne soit pas exigée à peine de nullité; il s'agit *principalement* de savoir si l'officier de l'état civil doit

se refuser à la célébration d'un mariage contracté par mandataire (1). » *Demolombe* (2) : « La présence des parties elles-mêmes est exigée, *en ce sens du moins*, que l'officier de l'état civil peut et doit refuser de procéder à la célébration en présence d'un fondé de pouvoir... De ce que le mariage contracté par procureur pourrait n'être pas déclaré nul, il ne s'ensuit pas qu'il puisse être fait régulièrement ainsi et qu'on ait le droit d'y contraindre l'officier d'état civil; car il y a, en fait de mariage, bien des conditions dont l'inaccomplissement n'emporte pas nullité. »

La première fois que la justice fut saisie d'un cas de mariage par procuration, elle jugea que la non-présence personnelle des deux parties à la célébration du mariage n'entachait pas le contrat de nullité absolue. « Considérant que, bien que de l'ensemble des dispositions du Code civil relatives au mariage on puisse déduire que le législateur n'a pas entendu admettre un mariage par procuration, néanmoins, comme cela n'est défendu sous peine de nullité par aucune disposition du Code, la nullité ne saurait être prononcée. »

Mais, sur appel, la Cour de Bastia (3) déclara le mariage nul par les considérants suivants : « Que les lois, en entourant le mariage de solennité, ont prescrit

(1) *Principes du Droit civil*, T. I, n° 175.

(2) Livre I, titre V, ch. III, par. 210.

(3) Jugement du tribunal d'Ajaccio, *D.* 1849, 2, p. 80.

pour sa célébration des formalités dont l'accomplissement peut seul en assurer la validité, les avantages et le but ; — que si, dans les actes ordinaires de la vie privée, et qui ne se réfèrent qu'à des intérêts matériels, les parties peuvent se faire représenter par des mandataires, la présence des époux à la célébration du mariage est une condition tellement essentielle qu'on ne saurait y suppléer autrement ; — qu'il importe à la stabilité, à la paix des familles, que les membres de la société qui se proposent de s'engager dans les liens du mariage y soient amenés par une volonté réfléchie, déterminée, persévérante ; qu'elle soit exprimée au moment solennel où leur union reçoit la sanction légale ; — qu'une procuration peut bien prouver que, lorsqu'elle a été donnée, la personne absente avait l'intention de contracter mariage, mais elle ne garantit pas que cette intention ait été la même le jour de la célébration ; que c'est autant pour s'assurer de cette volonté que pour éviter les inconvénients résultant du mariage par procuration qu'ont été conçus les articles 75 et 76 du Code Civil dont les dispositions ne permettent pas d'admettre la possibilité du mariage hors de la présence des époux ; — que le mariage n'a été célébré que par procuration, que, par conséquent, cet acte est entaché de nullité... » D'ailleurs l'arrêt reconnaissait la bonne foi des contractants et la déduisait en l'espèce, tant des faits versés au procès que « de l'opinion généralement répandue, et qui était partagée

par de célèbres jurisconsultes, que les mariages par procuration étaient valides ».

En effet, quand la Cour de Bastia rendit cet arrêt, Toulier, Merlin, Coin-Delisle et Allemand avaient déjà soutenu la validité du mariage célébré par procuration sous l'empire du Code civil : Tournier et Merlin au début du xix^e siècle, Coin-Delisle et Allemand dans le second quart du siècle.

Toulier n'avait dans son *Droit Civil Français* effleuré qu'incidemment la question du mariage par procuration. Son argumentation en faveur de la validité de ce procédé de contracter mariage consistait à nier que l'on pût légitimement conclure de la lecture aux parties prescrite par l'article 75 à l'obligation de la présence personnelle des parties. « La conséquence, disait-il, n'est point nécessaire, puisque la lecture dont il s'agit n'est pas requise sous peine de nullité (1). »

Merlin, Coin-Delisle et Allemand développent plus longuement leur thèse. *Merlin* l'expose sous forme de réponse à la quatrième question de l'article 1^{er} du premier paragraphe de la quatrième section du titre du mariage. Sa quatrième question est ainsi formulée : « La comparution personnelle des parties est-elle nécessaire pour la validité de la célébration du mariage ou les parties peuvent-elles le contracter par procureur ? » Et rappelant aussitôt que : tout homme peut, en thèse

(1) *Op. cit.*, T. I, p. 339.

générale et à moins que la loi ne le lui interdise spécialement, faire par l'organe d'un fondé de pouvoir ce qu'il peut faire par lui-même, il ramène la question posée à cette forme : « Le mariage est-il excepté de la catégorie générale des actes que l'on peut faire par procureur ? » Si oui, c'est que l'exception est écrite dans le Code civil en termes exprès, ou qu'elle résulte implicitement des articles 36 et 75. Comme cette exception « n'est certainement pas écrite en termes exprès », il examine le sens et la portée des deux articles que les adversaires du mariage par procuration invoquent en faveur de leur thèse.

L'article 36 « ne fait, dit-il, qu'une supposition qu'il n'applique spécialement à aucun acte de l'état civil » ; il ne la fait donc que pour les actes de cette nature auxquels les dispositions subséquentes du Code *pourraient* en faire l'application. Or, comme cet article trouve son application dans le cas de l'article 295 (divorce par consentement mutuel), il n'est pas nécessaire pour trouver un cas d'application de l'article 36 d'imaginer qu'il s'applique au mariage.

En ce qui concerne l'argument tiré de la lecture prescrite par l'article 75, Merlin, après avoir contesté l'utilité de cette lecture, conclut d'ailleurs comme Toulier que cette lecture n'étant point nécessaire à peine de nullité, on ne saurait en tirer comme conséquence la nullité du mariage par procuration. « Il n'y a donc rien dans le Code civil, dit-il en terminant, qui s'oppose

à ce qu'un mariage soit célébré par procureur. »

Toulier et Merlin s'en tiennent, comme on vient de le voir, à des arguments d'interprétation de textes, ils n'examinent pas l'esprit de la loi. C'est un reproche qu'on ne saurait adresser à Allemand et à Coin-Delisle.

Allemand (1) reconnaît que la question du mariage par procuration est « fort délicate », et que la raison de la nécessité de l'existence du consentement au temps où le mariage se contracte est « la plus forte qu'on puisse invoquer pour contester le droit de se marier par procureur fondé ». Notre auteur expose loyalement les motifs qui sembleraient devoir interdire le mariage par procuration, la liberté essentielle au mariage, la volonté soutenue jusqu'au moment où il est accompli.

« Mais, répond notre auteur, ce danger existait autrefois et cependant les mariages par procureur étaient autorisés... D'un autre côté, où est la loi qui les défende ? » L'article 36 ? Mais « cet article autoriserait, au contraire, à dire que, par cela même qu'aucune disposition expresse de la loi n'oblige les parties à comparaître en personne à l'acte civil du mariage, elles peuvent s'y faire représenter par procureur ». La lecture prescrite par l'article 75 ? « Mais il en est de ce cas comme des actes des notaires dont la loi prescrit la lecture aux parties, ce qui n'empêche pas qu'elles puissent y faire présenter pour elles un procureur fondé. »

(1) Dans son *Traité du mariage* en 2 vol., publié à Riom en 1846 (date du 1^{er} volume), T. I, n^{os} 365 et suivants.

Allemand, d'ailleurs, comme Toulier et Merlin, note que cette lecture n'est pas prescrite à peine de nullité.

Il écarte l'argument tiré de la réflexion du Premier Consul au cours des travaux préparatoires devant le Conseil d'État à propos de l'article 146, en la traitant « d'observation fugitive ». « Si la pensée eut été adoptée comme principe, on l'eût consignée dans un article de la loi nouvelle... Et, remarque-t-il finement, l'auteur même de la réflexion se maria, quelques années après, par procureur ! »

Il conclut nettement « que la loi ne défendant pas les mariages par procuration, et le mariage étant un contrat civil, ces sortes de mariages sont valables, qu'ils peuvent bien présenter quelques inconvénients, mais que ces inconvénients sont faciles à prévoir et à prévenir, que, d'ailleurs, ce ne serait pas une raison pour invoquer des prohibitions et des nullités qui ne sont pas écrites dans la loi (1) ».

L'argumentation de *Coin-Delisle* nous apparaît comme plus convaincante encore que celle d'Allemand, ou tout au moins comme la complétant. Il expose son point de vue de la question qui nous occupe aux paragraphes 5, 6 et 7 de son commentaire de l'article 36.

Il commence par démontrer par quelques exemples l'utilité, tout au moins accidentelle, du mariage par

(1) D'après Allemand, les mariages par procureur ont lieu dans toute l'Europe. Il cite notamment l'article 134 du Code néerlandais d'après lequel le roi les peut autoriser en vertu d'un acte authentique pour causes graves.

procureur, mais il est très bref sur ce sujet, par la raison que la démonstration de l'utilité pratique de ce procédé de mariage serait vaine, si, de la discussion juridique des textes, il ressortait incontestablement que la volonté du législateur était de l'interdire.

Il expose ensuite, d'après Locré (1), les raisons de la négative : Le mariage serait le seul cas où la présence des parties est nécessaire, — les diverses lectures prescrites seraient insignifiantes à l'égard d'un simple mandataire, d'ailleurs l'article 75 dit qu'elles doivent être faites *aux parties*, — le même article dit encore que l'officier public recevra de *chaque partie* la déclaration qu'elles veulent se prendre pour mari et femme ; — l'observation du Premier Consul que « le mariage n'a plus lieu qu'entre personnes présentes » et la réflexion immédiatement subséquente de Roederer « qu'au moment où le mariage est formé les époux sont en présence », — enfin que le consentement au moment du contrat est de l'essence du mariage et que l'on ne pourrait s'assurer qu'il n'est pas survenu de changement dans la volonté de l'époux absent et seulement représenté par un procureur lors de la célébration.

Aux raisons tirées de l'article 36 et des lectures prescrites par l'article 75, Coin-Delisle réplique, comme l'avaient déjà fait Merlin et Toulier, à celle tirée de la discussion préparatoire, il répond comme Allemand.

(1) *Législation civile et commerciale*, T. III, p. 8.

Mais l'argument que Locré tirait de l'emploi du mot parties dans l'article 75, Coin-Delisle nous paraît l'avoir très solidement réfuté de la manière suivante : « Si l'article 75 parle des *parties*, des interpellations que *leur* fait l'officier public, de *leur* union qu'il prononce, c'est le langage ordinaire des lois qui ne s'occupent que du cas le plus fréquent. D'ailleurs, le droit de se marier par procuration était incontestable sous l'ancienne législation où (cependant) les lois ecclésiastiques et civiles supposaient la présence des époux. » La formule qu'emploie le Concile de Trente est la suivante, « *viro et muliere interrogatis, et eorum consensu intellecto* ». L'article 1^{er} de la Déclaration du 26 novembre 1639 porte : « le curé qui recevra le consentement des *parties*. » « Or, ajoute notre auteur, cette forme revient absolument aux termes de l'article 75. »

Coin-Delisle reconnaît, d'ailleurs, que si les raisons de texte se trouvent écartées, deux considérations demeurent : 1^o que le consentement de l'époux absent peut ne pas durer jusqu'à la célébration ; 2^o que le mariage par procuration rend possible une supposition de personne qui ne saurait se concevoir dans le cas où les parties sont présentes.

Il estime que la seconde hypothèse « n'est pas un motif suffisant pour écarter une forme non défendue par la loi, puisque, aussi bien, il y a un remède contre l'erreur dans l'article 146 et dans l'article 180 », mais dans la première, il reconnaît, avec la Décrétale, que « le

mariage sera inexistant ». « Au surplus, ajoute-t-il, cette doctrine ne doit pas effrayer, et les mariages par procureur n'auront jamais lieu que dans des circonstances impérieuses et exceptionnelles. Le juste orgueil des femmes et de leurs familles regardera toujours comme une injure ce mode de célébration, s'il n'est pas indispensable. »

Nous nous sommes contenté, jusqu'ici, d'exposer les arguments invoqués par les partisans des deux thèses opposées sur la question qui est l'objet de notre étude ; il nous faut maintenant juger de la valeur juridique de ces arguments, et, en fin de compte, prendre parti dans cette controverse.

Pour cela, nous devons d'abord poser le problème avec toutes les données qu'il doit comprendre pour être exactement posé. Le principe fondamental de notre droit est bien incontestablement que les parties sont libres de se faire représenter par un fondé de procuration spéciale et authentique aux contrats qu'elles entendent passer, si, pour quelque cause que ce soit, elles ne peuvent ou ne veulent être présentes à la passation du contrat. A cette règle générale, il y a, cependant, des exceptions. Ces exceptions sont les cas spéciaux où la loi oblige les parties intéressées à comparaître en personne. Les dérogations au principe que l'on peut toujours faire par mandataire ce que l'on peut faire par soi-même, n'existent qu'en vertu de dispositions légales spéciales. Merlin pose donc fort bien la question de

savoir si les mariages contractés par procureur sont valables ou ne le sont pas, quand il dit qu'elle se ramène à la question suivante : « Le mariage est-il excepté de la catégorie générale des actes que l'on peut faire par procureur ? »

Demante, de son côté, nous paraît poser un principe juridique incontestable lorsqu'il dit que les dispositions spéciales qui font échec au droit général d'agir par mandataire n'ont pas besoin de prescrire expressément la comparution personnelle des parties, et qu'il suffit qu'elles supposent l'obligation de cette comparution. Dès lors, on est en droit de rechercher si les dispositions relatives à la célébration du mariage supposent la comparution personnelle des parties, bien qu'aucun texte ne la prescrive expressément.

L'argument tiré de la lecture aux parties du ch. VI du titre du Mariage est des moins concluants pour démontrer l'obligation de la comparution personnelle des parties. On a dit que cette lecture n'aurait point de sens faite à d'autres personnes que les parties elles-mêmes, mais de quelle utilité est-elle pour ces parties elles-mêmes ? Les devoirs et les droits respectifs des époux peuvent-ils sérieusement être présumés inconnus des parties au moment où elles se présentent pour contracter mariage ? Evidemment non, et nous savons d'ailleurs que dans sa rédaction primitive l'article 75 n'ordonnait pas cette lecture dont l'obligation n'a été introduite qu'à la demande du Premier Consul pour le double motif

suivant : 1° donner un peu de solennité à une cérémonie « bien sèche » ; 2° donner à une jeune fille dont les parents auraient voulu forcer le consentement le temps de reprendre ses esprits et de trouver la force de répondre non à la question de l'officier de l'état civil. Il est, pour le moins, douteux, que la lecture hâtive des trois courts articles du Code, lecture dont la durée n'excède point deux minutes, puisse répondre aux intentions qui l'ont fait prescrire. En tout cas, cette lecture n'étant point prescrite à peine de nullité, on ne saurait logiquement conclure à la nullité du mariage contracté par procureur de ce que, en un tel mariage, les parties elles-mêmes ne l'ont point entendue.

Concluerons-nous à la nullité du mariage par procuration de ce qu'il est dit au même article que l'officier de l'état civil *recevra de chaque partie, l'une après l'autre, la déclaration qu'elles veulent se prendre pour mari et femme* ? Non, parce qu'il n'est pas dit que la déclaration devra émaner des parties *elles-mêmes*. L'interprétation contraire à la faculté d'agir par procureur pourrait, alors, tout aussi légitimement, se déduire de tous les textes du Code où le législateur parle des parties. Dès lors, il ne resterait plus rien du principe général formulé dans l'article 36. Si nous voulons trouver des motifs sérieux à faire valoir contre la validité du mariage par procuration sous l'empire du Code civil, ce n'est donc point dans les textes mêmes du Code que nous devons les rechercher, nous ne les y trouvons pas

il nous faut remonter plus haut, jusqu'à l'esprit même de la loi. Résulte-t-il de cet esprit que le législateur du Code a entendu proscrire absolument la validité du mariage par procuration, jusqu'à considérer comme radicalement nul, ou même comme inexistant, un mariage contracté par procureur ?

Le premier argument que l'on peut faire valoir dans le sens de l'affirmative est que, dans le silence de la loi, on doit présumer que le législateur a entendu ne point modifier la situation existante en la matière au moment où il a légiféré, et que la situation existante au moment où fut rédigé le Code c'était celle qu'avait établie la loi du 20-25 septembre 1792 qui exigeait obligatoirement la présence des parties.

Alors même que l'on n'admettrait pas l'interprétation que nous avons donnée plus haut de la loi du 20 septembre 1792, l'argument ne serait concluant que si le Code n'avait pas modifié la forme de célébration du mariage telle que l'avait établie la loi de 1792. D'après cette loi, les parties devaient prononcer la formule suivante : « Je déclare prendre (le nom) en mariage. » La suite du texte de la loi de 1792 portait : « Après cette déclaration, l'officier public, *en présence* des parties et des témoins, prononce... » L'article 75 du Code civil ne parle plus de la présence des parties mais seulement de celle des témoins, et, au lieu d'exiger des parties le prononcé d'une formule de déclaration commençant par le pronom « Je », notre droit moderne est revenu au

mode d'une formule interrogative énoncée par l'officier d'état civil, à laquelle les parties n'ont plus qu'à répondre par la particule affirmative, comme dans notre ancien droit. Ces modifications nous paraissent suffisantes pour enlever toute force à l'argument dont s'agit.

On prétend, il est vrai, le corroborer en invoquant à l'appui les paroles du Premier Consul et de Roëderer lors de la discussion du titre du mariage devant le Conseil d'État que nous avons citées plus haut, mais il paraît difficile de les interpréter comme étant plus que l'expression d'un fait, la désuétude de la pratique du mariage par procuration, et de leur donner la valeur d'une interprétation juridique de l'intention du législateur de prohiber les mariages par procuration. Il faudrait pour cela que nous trouvions dans les textes du Code un commencement de preuve qui, à notre avis, ne s'y rencontre pas.

Les adversaires du mariage par procuration invoquent, enfin, un argument singulièrement puissant, sans nul doute, pour soutenir la non-validité d'un mariage par procureur ; cet argument consiste à distinguer le mariage des autres contrats en ce qui concerne le moment où les parties doivent y donner leur consentement. Ce contrat est d'une telle nature que les parties doivent conserver jusqu'au dernier instant leur pleine et entière liberté, et qu'elles ne peuvent enchaîner leur liberté par un consentement préalablement donné. Il n'y a, en effet, aucun doute sur ce point qui

est unanimement admis. L'arrêt de la Cour de Bastia de 1849 qui a déclaré nul un mariage par procuration, repose essentiellement sur cet argument.

Mais si grande que soit la valeur de cet argument en théorie, n'est-ce point, pour la jurisprudence, dépasser le droit d'interprétation qu'elle possède que de donner à la loi un sens qu'aucune partie du texte ne soutient ? Sans doute la Cour de Bastia prétendait que les articles 75 et 76 contiennent « des dispositions qui ne permettent pas d'admettre la possibilité du mariage hors de la présence des époux » ; mais si l'on admet, avec nous, que ces articles ne contiennent aucune disposition de cette nature, n'en doit-on pas conclure que ses autres considérants sont dépourvus de toute base juridique ?

D'autre part, est-ce que la jurisprudence n'est pas unanime à affirmer le principe qu'en matière de mariage il n'y a pas de nullité sans texte ? Nous ne pouvons admettre, dès lors, que l'on déclare nul un mariage contracté par procuration, puisqu'aucun texte ne prononce la nullité d'un tel mariage.

Il est vrai que Baudry-Lacantinerie tient que le Code ne s'occupe pas des mariages non existants et qu'il fait une distinction entre les mariages inexistants et les mariages nuls de nullité absolue. Le principe qu'en mariage il n'y a pas de nullité sans texte ne devrait s'entendre dans ce système que par application aux mariages nuls et non aux mariages inexistants

dont la nullité pourrait être alors déclarée par les tribunaux d'après les circonstances de la cause, sans égard au principe qu'en mariage il n'y a pas de nullité sans texte, inapplicable en l'espèce.

Mais il est fort douteux que le législateur ait fait la distinction que suppose Baudry-Lacantinerie entre les mariages nuls de nullité radicale et les mariages inexistants.

Cette distinction est d'ailleurs nettement niée par MM. Colin et Capitant. Il est vrai que, d'autre part, ils repoussent formellement le principe qu'en mariage il n'y a pas de nullité sans texte et qu'ils soutiennent, au contraire, la possibilité d'invoquer en matière de mariage des nullités virtuelles. Il faut bien, en effet, qu'après avoir ramené dans la catégorie des mariages nuls de nullité radicale les mariages inexistants, ils admettent la possibilité d'invoquer des nullités virtuelles en matière du mariage, car autrement ils ne pourraient logiquement se ranger, comme ils le font, dans la catégorie des adversaires du mariage par procuration.

Mais n'est-il pas gravement dangereux d'admettre les nullités virtuelles en matière de mariage, et d'ouvrir toute grande à l'arbitraire des juges une porte que le législateur du Code n'a déjà laissée que trop entrebâillée? Nous croyons qu'il importe de ne point se départir sur ce point de la règle qu'en matière de mariage il n'y a pas de nullité sans texte.

Nous sommes enclin, d'autre part, à repousser la distinction qu'admet Baudry-Lacantinerie entre les mariages nuls de nullité radicale et les mariages inexistant. Comme le fait remarquer M. Wahl dans son article sur le « Mariage par procuration des mobilisés », la définition que l'on donne des mariages inexistant est telle qu'il faut parler comme différant des mariages inexistant des mariages « qui n'ont pas eu lieu ». Qu'est-ce alors qu'un mariage inexistant si ce n'est autre chose qu'un mariage qui n'a pas eu lieu ? C'est seulement un mariage entaché d'un vice si grave que le juge n'aurait qu'à constater sa nullité en la « déclarant » et non pas à la « prononcer » en l'annulant.

Si la distinction entre les mariages inexistant et les mariages nuls venait à disparaître, les premiers se résorbant, si l'on peut ainsi parler, dans la catégorie des mariages nuls, et si, en même temps, le principe qu'en matière de mariage il n'y a pas de nullité sans texte restait en vigueur, il est certain que logiquement l'on serait amené à reconnaître comme valides les mariages par procuration.

Quoi qu'il en soit de l'avenir, nous tenons que le fait d'avoir recours à un procureur pour contracter mariage ne crée pas, sous l'empire du Code civil, un empêchement dirimant à la validité du mariage, parce qu'aucun texte de nos lois ne prohibe ce procédé du mariage et ne suppose cette prohibition. Nous croyons que cette solution s'imposerait, même au cas où l'on admettrait

que le législateur de 1792 l'avait interdit, parce que le texte du Code est différent en matière de célébration du texte de la loi de 1792, nous pensons qu'avec beaucoup plus de raison encore on doit admettre notre système, si l'on tient qu'au moment où fut rédigé le Code, la législation existante du mariage n'avait pas encore modifié en cette matière la législation de notre droit anté-révolutionnaire.

L'incertitude qui semble devoir toujours planer sur l'existence d'un mariage contracté par procureur peut paraître un motif sérieux de souhaiter sa prohibition, mais il faut qu'en pratique cet inconvénient se soit montré de bien peu d'importance pour que notre ancien droit des ordonnances n'ait pas cru devoir modifier sur ce point le contrat du mariage tel que l'avait établi le droit canonique, alors qu'il avait, avec une si grande énergie, établi à l'encontre de ce même droit le principe de la nécessité du consentement des parents pour la validité du mariage de leurs enfants.

Nous n'allons pas, toutefois, jusqu'à prétendre que le Code reconnaît implicitement la libre pratique du mariage par procuration. De ce que le mandat de procuration ne figure pas au nombre des pièces qui doivent être remises à l'officier de l'état civil avant la célébration du mariage, nous pensons, avec Richelot et Demolombe, que l'officier de l'état civil peut refuser de célébrer un mariage par procuration et qu'il n'existe aucun moyen légal de l'y contraindre; mais, avec le

tribunal d'Ajaccio, nous croyons que si l'officier de l'état civil consent à procéder à la célébration d'un tel mariage, l'empêchement prohibitif que le silence de la loi créait au mariage par procuration se trouve couvert.

Sans doute, le système auquel aboutit en matière de mariage par procuration le Code civil dans l'interprétation que nous soutenons ici, ne se présente pas avec la simplicité et la logique du système édifié par l'interprétation de la jurisprudence, mais il a l'avantage de ne pas condamner comme juridiquement inadmissible en soi un procédé de mariage auquel il faut bien recourir dans des circonstances exceptionnelles, ainsi que le prouvent les deux lois de 1915 que nous allons maintenant examiner.

CHAPITRE IV

LE MARIAGE PAR PROCURATION DES MOBILISÉS

Quoi qu'il en soit de la valeur juridique du système qui interprète le silence du Code civil sur le mariage par procuration comme la négation de la validité de ce procédé de mariage, ce système s'était imposé dans la pratique d'une manière absolue, et, chez nous, pour quelque raison que ce fût, aucun mariage ne se pouvait contracter par procureur.

Mais la grande guerre est venue et elle a fait éclater à tous les yeux ce qu'avait d'odieux l'intransigeante étroitesse dudit système. Comment la France, qui demandait à ses fils de sacrifier leur vie pour son salut, pouvait-elle leur refuser la consolation de contracter le mariage dans lequel ils désiraient s'engager, par la seule raison que l'accomplissement de leur devoir militaire les empêchait de comparaître devant l'officier de l'état civil ? L'opinion publique réclama des mesures propres à faciliter le mariage des militaires et marins présents sous les drapeaux. Pour lui donner satisfaction, dans la séance du 18 février 1915 le Gouvernement déposa devant le Sénat un projet de loi qui

avait pour objet de permettre, en temps de guerre, le mariage par procuration des militaires et des marins présents sous les drapeaux. Ce projet très rapidement discuté et voté par les deux Chambres est devenu la loi du 4 avril 1915.

En dehors de son objet propre qui était de rendre possible la célébration d'un grand nombre de mariages, la loi du 4 avril 1915 a eu deux conséquences d'un ordre plus général : elle a, d'une part, tranché définitivement pour l'avenir la question de la non-validité du mariage par procuration sous l'empire du Code civil, et, d'autre part, elle a, au contraire, fourni la preuve par son existence même : 1° du mal fondé de la thèse des adversaires du mariage par procuration prétendant qu'il y a incompatibilité absolue entre l'essence même du contrat de mariage et le procédé de la procuration ; 2° de l'utilité pratique de ce procédé pour rendre possible le mariage dans les cas exceptionnels où les parties ne peuvent comparaître personnellement devant l'officier de l'état civil.

Sous le bénéfice de ces observations, nous allons maintenant entrer dans l'examen critique de la loi du 4 avril 1915. Bien que fort brève — elle ne comprend que deux articles, et le second se borne à la déclarer applicable à l'Algérie et aux colonies, — elle nécessite cependant un assez long commentaire (1). Elle a

(1) M. Wahl ne lui a pas consacré moins de cinquante pages dans le premier numéro de 1915 de la *Revue trimestrielle de Droit civil*.

d'autant plus besoin d'être commentée et critiquée qu'elle se borne, à peu près, à établir le principe de la validité du mariage par procuration pour les mobilisés en temps de guerre, semblant renvoyer pour l'application du principe aux règles ordinaires du droit, alors qu'en fait le Gouvernement a créé, de toutes pièces, par la voie complètement illégale d'une simple circulaire, des règles arbitraires auxquelles les mobilisés seront tenus de se soumettre sans protester.

L'article 1^{er} est ainsi conçu : « En temps de guerre, pour cause grave et sur autorisation du ministre de la Justice et du ministre de la Guerre ou du ministre de la Marine, il peut être procédé à la célébration du mariage des militaires et des marins sans que le futur époux, s'il est présent sous les drapeaux, soit obligé de comparaître en personne et à la condition qu'il soit représenté par un fondé de procuration spéciale.

« Dans ce cas, le délai de trente jours prévu par les articles 151 et 154 du Code civil sera réduit à quinze jours francs.

« La procuration, dont il sera fait mention dans l'acte de mariage, sera établie conformément à la loi du 8 juin 1893 et dispensée des droits de timbre et d'enregistrement. »

Ainsi le mariage par procuration établi par notre loi a un caractère de très étroite exception, qui montre l'intensité des préventions du législateur à l'encontre de ce procédé de contracter. Ne peuvent se marier par

procuration que certaines personnes, « les militaires et les marins sous les drapeaux » ; elles ne le peuvent que dans une circonstance déterminée, « en temps de guerre » ; que, pour « causes graves » ; enfin, qu'après l'octroi d'une double autorisation ministérielle.

« Pour pouvoir donner procuration, il suffit d'être militaire ou marin *présent sous les drapeaux* », dit M. Wahl dans son commentaire de notre loi ; mais, étant donnés l'esprit dont était animé le législateur et le fait qu'au fond l'application de la loi est pratiquement soumise à l'arbitraire des bureaux du ministère de la Guerre et de celui de la Justice, il y a lieu de penser que l'autorisation de se marier par procuration ne sera accordée qu'aux militaires et marins qui sont au dépôt ou sur le front et qu'en tout cas les mobilisés ne seront pas admis à se marier par procuration dans la commune de leur domicile dans les cas où ils sont mobilisés sur place.

On sait que pour avoir cru que les soldats français prisonniers ne pourraient faire établir une procuration authentique en pays ennemi, la loi du 4 avril 1915 ne leur avait pas été déclarée applicable. Cette erreur juridique ayant été démontrée, la loi du 19 août de la même année répara l'injustice de notre loi ; cependant, M. Wahl, pour les raisons qu'il expose dans son Appendice à l'étude de la loi du 4 avril (1), estime que le

(1) Pages 54 et 55 du tirage à part.

bénéfice des lois du 4 avril et du 19 août 1915 ne s'étend ni aux prisonniers demeurés en territoire français envahi, ni aux soldats ou marins qui, s'étant échappés des mains de l'ennemi, sont détenus en pays neutre.

En somme ne sont susceptibles, théoriquement, de pouvoir se marier par procuration, que les mobilisés se trouvant en France, en Algérie et aux colonies et les prisonniers détenus en pays ennemi; en pratique, il reste probable que l'autorisation de contracter mariage par procureur n'est accordée qu'aux hommes en activité d'emploi militaire, soit au front, soit à l'arrière, aux malades, blessés hospitalisés et aux convalescents et encore à condition qu'ils ne se trouvent pas en un lieu où leur mariage pourrait se célébrer légalement, car, sans doute, dans ce dernier cas, l'autorisation de se marier par procuration ne leur serait-elle pas accordée; la lecture de la circulaire du 8 avril laisse l'impression fort nette que le Gouvernement n'entend permettre le recours au mariage par procuration que dans les cas où le mariage ne se peut absolument pas célébrer entre présents.

Le second caractère limitatif de notre loi a trait au temps pendant lequel les personnes qui peuvent s'en réclamer, ont le droit de le faire, ce temps c'est « le temps de guerre », le temps de guerre en général, et non pas seulement celui de la guerre présente. Toutes les fois que la France sera en guerre dorénavant, et si localisée que soit cette guerre, ne s'agit-il que d'une

guerre coloniale, les mobilisés qui voudront se marier pourront invoquer notre loi pour le faire par procuration.

A prendre au pied de la lettre les termes inscrits dans notre loi, les bénéficiaires devraient faire valoir « des causes graves » pour obtenir l'autorisation de se marier par procuration ; faute pour eux d'en alléguer et de les prouver, ils devraient s'attendre à voir repousser par le ministre de la Guerre ou par celui de la Justice l'autorisation qu'ils sont tenus de solliciter et sans laquelle ils ne peuvent être admis à se voir appliquer la législation nouvelle.

La critique que M. Wahl adresse à cette exigence de la loi est des plus judicieuses. Il fait tout d'abord justement remarquer que « du moment qu'on a eu l'humanité de reconnaître qu'un homme qui se dévoue à la patrie pourra se marier sans être présent à son mariage et mourir sans avoir le souci de laisser derrière lui une femme et peut-être des enfants auxquels il n'aura pas eu le temps de donner son nom, c'eût été faire un bien faible effort de plus que de n'exiger, comme seule condition spéciale, que la justification de sa mobilisation : comme le mariage par procuration n'est dispensé d'aucune des conditions de forme ou de fond exigées pour le mariage, en dehors de la présence du futur époux, quel grave inconvénient aurait-on pu craindre (1) » ?

On a craint, paraît-il, que la forme nouvelle du

(1) Pages 16 et 17 du tirage à part.

mariage ne favorisât des unions inspirées par des calculs intéressés, et qu'en particulier il ne se produisît des mariages conclus dans le seul but d'assurer à la future épouse certains avantages pécuniaires. L'exposé des motifs du projet de loi et le rapporteur du projet devant le Sénat avaient entendu le mot de causes graves dans le sens étroit qui lui est donné en matière de dispenses de publications, et à ces causes graves le rapporteur n'ajoutait, « dans le cas particulier qui nous occupe, que des fiançailles officiellement annoncées et que la déclaration de guerre a empêché de réaliser ». Mais, aux applaudissements unanimes de ses collègues, le rapporteur de la Commission de la Chambre des Députés déclarait que l'autorisation devrait être accordée pour « tous motifs sérieux ». En fait il semble que dans notre loi le mot causes graves a un sens différent de celui qui est le sien en matière de dispenses de publications, et qu'on doit l'entendre, ainsi que le demandait la Chambre, comme synonyme de motifs sérieux. Cela paraît probable, car étant donnée la prolongation de la guerre, l'interprétation du rapporteur de la Commission sénatoriale ne suffirait plus aujourd'hui à permettre le mariage des soldats officiellement fiancés *depuis* la déclaration de guerre, puisque, en dehors des causes graves admises en matière de dispenses de publications, la seule cause prévue pour l'autorisation des mariages par procuration était des fiançailles officielles « que la déclaration de guerre a empêché de réaliser ».

L'obligation pour le mobilisé de solliciter de deux ministres, successivement, l'autorisation de se marier par procuration, est intimement liée à celle où il se trouve de faire valoir à l'appui de sa demande des causes graves ou motifs sérieux, car il appartient justement à ces deux ministres de décider du caractère grave ou non des causes invoquées et d'accueillir ou de rejeter, en conséquence, la demande d'autorisation introduite.

Le mariage peut être valablement célébré, cependant, en théorie juridique, du moins, malgré l'absence de ces autorisations, car le défaut d'autorisation ne constitue qu'un empêchement prohibitif. Cette conclusion découle de ce que les termes de la loi sont : sur autorisation du... *il peut être procédé* au mariage, « ce qui implique, suivant M. Wahl, qu'elle se borne à interdire au maire de célébrer le mariage si l'autorisation n'est pas donnée ». Nous rappellerons également avec lui qu'on peut argumenter dans le même sens du fait que l'expression « causes graves » est empruntée aux textes qui permettent au ministère public de dispenser des publications, et que si l'autorisation du ministère public n'intervient pas, le mariage célébré irrégulièrement et en l'absence des publications n'en est pas moins valable.

Toutefois, comme la procuration, qui est en brevet, n'est pas remise au militaire mais transmise au ministre de la Guerre, celui-ci ne l'adressera au maire que si

l'autorisation est accordée, et comme ce dernier ne peut procéder au mariage sans la production de la procuration, il s'ensuit qu'en pratique on ne peut envisager le cas d'un mariage par procuration où les autorisations requises par la loi viendraient à faire défaut.

La loi n'indique pas les conditions auxquelles la procuration est soumise, mais la discussion du projet devant le Parlement, et les principes qui dominent la matière ne nous permettent pas de conclure autrement que comme suit : cette procuration doit être spéciale et authentique. Elle doit être spéciale, au sens où le voulait le droit canonique, c'est-à-dire qu'elle doit mentionner d'une manière exacte le nom de la femme que le mobilisé veut épouser; elle doit de plus être authentique parce qu'il est de règle en notre droit que la procuration pour faire un acte authentique doit être elle-même authentique.

La loi qui a permis le mariage par procuration des mobilisés n'a modifié en rien le principe de droit commun qui permet de désigner comme mandataire n'importe quelle personne, aucune condition de capacité personnelle n'étant requise chez le mandataire pour la raison que *qui mandat ipse fecisse videtur*. Légalement donc, le mobilisé est absolument libre de choisir qui lui plaît, sous réserve de l'officier de l'état civil, des témoins et de la future épouse, — de l'officier de l'état civil parce qu'on ne peut comparaître devant soi-même et que le mandataire du futur époux doit comparaître

devant l'officier de l'état civil, des témoins parce qu'il y a incompatibilité entre le rôle de témoin et celui de partie ou mandataire de partie, de la future épouse « parce qu'il est de règle, comme le rappelle M. Wahl, que nul ne peut recevoir mandat de contracter avec lui-même, l'échange de consentement n'étant pas, en pareil cas, susceptible de se produire ». Mais, d'une manière tout à fait arbitraire, la circulaire ministérielle du 8 avril 1915 a limité le choix que peut faire le mandant, sous prétexte d'empêcher les conséquences que l'on prétend ridicules, ou susceptibles de choquer les convenances, qui pourraient résulter de la désignation de certains mandataires comme procureurs du mariage.

Avant d'entrer dans l'examen critique de la circulaire sur ce point, notons que ses dispositions, tout illégales qu'elles soient, s'imposent en pratique d'une manière absolue parce que le mobilisé doit remettre sa procuration au moment où il dépose sa demande en autorisation de contracter mariage par procureur et que le fait d'avoir donné sa procuration à une personne que la circulaire déclare incapable de l'exercer, peut être un motif suffisant pour le ministre de la Justice de refuser son autorisation audit mariage.

La circulaire a imaginé, « par un raisonnement tout à fait inadmissible », de restreindre dans des limites très étroites le choix du mandataire, en décidant « qu'à raison du caractère spécial du mandat dont il est investi et qui l'appelle à participer à un acte de l'état civil, le

fondé de procuration devra remplir la condition essentielle, qui est exigée des témoins à un tel acte par l'article 37 du Code civil, c'est-à-dire qu'il devra être âgé de vingt et un ans au moins ». Quelle raison y a-t-il d'assimiler un mandataire à un témoin sous prétexte que l'on se trouve en matière d'acte d'état civil? Absolument aucune, puisque le Code ne le fait pas, distinguant fort justement entre deux fonctions aussi différentes l'une de l'autre. Pourquoi le mandataire du futur époux qui peut être un mineur devra-t-il être un majeur?

Et encore si la circulaire s'en était tenue à cette seule exigence! Mais elle n'accepte comme mandataire du futur époux qu'un homme et elle écarte tout « parent ou allié de la future épouse à un degré comportant prohibition du mariage ».

Toutes ces dispositions méritent les critiques dont les ont accablées M. Wahl, dans l'article que nous avons plusieurs fois cité, et M. E. Lévy, dans un numéro du journal *La Loi* (14 et 15 avril 1915). La circulaire aurait beaucoup mieux fait, pensons-nous, de ne point se mêler de suppléer au silence de la loi spéciale de 1915 et de laisser appliquer purement et simplement les principes libéraux du droit commun en matière de désignation du fondé de procuration.

Que résultera-t-il d'un mariage célébré par procuration : 1° au cas où avant la célébration le futur époux aurait ôté son consentement sans qu'avis en fût parvenu

au moment de la célébration, et 2^o en cas de décès du militaire avant la célébration ?

Dans le premier cas, il est certain que le mariage est inexistant, même si en donnant sa procuration le mandant s'est engagé à ne point la révoquer, car, bien qu'en règle générale il soit licite à un mandant de prendre l'engagement de ne pas révoquer le mandat, il est d'ordre public qu'en matière de mariage la faculté de consentir doit rester entièrement libre jusqu'au moment même de la célébration.

La loi de 1915 n'a pas dit et n'a pu vouloir dire que le mandat de procuration liait définitivement *ex tunc* le mandataire. « C'est lui-même qui, par l'organe de son mandataire, réitère son consentement au moment du mariage ; si le mandataire a cessé de représenter le mandant, en raison de la révocation du mandat, le consentement n'émane plus du mandant (1). »

Il faut, naturellement, conclure de même au cas où le mandant étant atteint de folie ne peut plus consentir au moment du mariage.

M. Wahl ne laisse pas que de déclarer « ces questions assez épineuses ». Nous croyons cependant que l'application des principes ne laisse place à aucune difficulté : le mariage n'existe qu'autant que les parties y consentent et sont capables de donner leur consentement au moment de la célébration ; si le consentement et la

(1) A. WAHL : *op. cit.*, p. 40 du tirage à part.

capacité de consentir font défaut au moment même du mariage; il n'y a pas mariage et il ne peut y en avoir. Les canonistes faisaient une application très juste de ce principe quand ils disaient du sacrement administré dans le mariage par procuration : il vaut ce qu'il vaut.

Dans le cas de décès du militaire préalablement à la célébration, si, naturellement, le mariage célébré est inexistant, on tient le mariage pour putatif, pourvu que la femme ait, au moment de la célébration, ignoré le décès; et, notamment, disent les rapports au Sénat et à la Chambre, s'il y a lieu à légitimation, la légitimation est acquise (1).

« Cette solution, dit M. Wahl, peut difficilement être contestée, abstraction faite de sa valeur propre, puisqu'elle a été approuvée dans les rapports faits au nom des deux Chambres et exprime ainsi, évidemment, la pensée de celles-ci. Mais est-elle conforme aux principes? Le point est délicat. Il s'agit en somme, peut-on dire, d'un cas où le mariage est inexistant, ou n'a été célébré qu'en apparence, c'est-à-dire d'un cas où l'une des conditions essentielles au mariage, l'une de celles dont l'absence supprime le mariage même, ne se rencontre pas. » La doctrine conteste qu'un mariage de ce genre puisse être putatif, mais la Cour de Cassation s'est prononcée en sens contraire par un arrêt du 30 juillet 1900.

(1) Une loi plus récente a même été beaucoup plus avant dans cette voie, car elle a créé de toutes pièces une procédure qui permet la légitimation des enfants d'un militaire prédécédé quand il est établi que le militaire avait l'intention bien établie d'épouser la mère des enfants.

Cependant, M. Wahl, tout en donnant raison à la Cour de Cassation, doute que la jurisprudence de son arrêt du 30 juillet 1900 puisse s'appliquer en l'espèce, parce que, suivant lui, un mariage célébré après le décès d'une des parties au seul vu d'un mandat de procuration est moins encore qu'un mariage inexistant, c'est un mariage purement imaginaire, un mariage « qui n'a pas eu lieu ». Il n'est pas possible de déclarer qu'un mariage célébré après le décès d'une des parties contractantes a eu lieu. Cependant, puisque le législateur a voulu exceptionnellement considérer comme tel le mariage d'un mobilisé décédé après avoir donné procuration et avant la célébration, sous la seule condition que la femme ait, au moment de la célébration, ignoré le décès, la question légale est tranchée ; mais nous ne saurions accorder à l'éminent jurisconsulte qu'à plus forte raison le mariage sera putatif, malgré la révocation du mandat ou la folie du mandant, parce que l'on peut invoquer l'article 2.005 du Code civil. Il nous paraît impossible d'invoquer le principe d'après lequel la révocation du mandat n'est pas opposable aux tiers qui ont traité avec le mandataire dans l'ignorance de cette révocation, dans l'espèce toute spéciale du mariage par procuration, car ici le principe supérieur de l'existence du consentement au moment même du mariage nous paraît s'y opposer. On ne saurait non plus, croyons-nous, invoquer la décision du législateur concernant le cas de prédécès du mandant, car des exceptions aussi

graves aux principes sont de stricte interprétation.

Le législateur s'est certainement trompé en croyant que le mariage par procuration était le meilleur procédé à employer pour permettre le mariage aux mobilisés qui ne pourraient obtenir, en temps opportun, une permission leur donnant le loisir de comparaître en personne avec leurs fiancées devant l'officier d'état civil. Il aurait mieux atteint son but en rétablissant la validité du mariage *per litteras*. Il n'y a malheureusement pensé que trop tard. C'est seulement après le vote du projet par le Sénat que la Commission de la Chambre s'est avisée « de l'avantage qu'il y aurait peut-être à simplifier encore par la substitution d'une déclaration à la procuration ». Ainsi que le disait le rapporteur, M. Adrien Véber, à la suite des paroles que nous venons de citer : « Cette déclaration authentique aurait pu être lue solennellement par l'officier de l'état civil au jour de la célébration du mariage. Au lieu de la procuration spéciale, c'eût été une déclaration spéciale qui aurait été reçue par les fonctionnaires militaires... » Le procédé du mariage par déclaration authentique de la partie absente aurait été bien préférable à celui du mariage par procuration, alors même que la loi du 4 avril 1915 aurait été aussi bien faite que possible et que le Gouvernement n'aurait pas cru bon de la compléter par voie de circulaires d'une manière aussi ridicule qu'illégale et arbitraire.

Toutefois, malgré ses imperfections, la loi du 4 avril

1915 n'a pas laissé que de produire d'heureux résultats, puisque, dès le 10 août de la même année, le rapporteur de la Commission du Sénat chargée d'examiner le projet de loi qui en étendait les dispositions aux militaires et marins prisonniers de guerre, constatait que plus de 3.000 mariages par procuration avaient déjà été célébrés. Il se peut que depuis lors la loi n'ait pas continué à jouer aussi activement, ne fût-ce que du fait des permissions qui sont devenues plus fréquentes pour les soldats du front ; il paraît probable, cependant, que le nombre des mariages par procuration qui auront été célébrés au cours de la présente guerre s'élèvera au chiffre de 10.000, sinon même à plus encore (1).

Le caractère bienfaisant des lois du 4 avril et du 19 août 1915 est, en tout cas, d'ores et déjà pleinement démontré. Beaucoup de nos soldats lui auront dû de mourir en paix avec leur conscience, en laissant leur nom à des femmes et à des enfants qui seront fiers de le porter.

Mais ne faut-il pas moins que d'encourir le danger quotidien de mourir glorieusement sur le champ de bataille pour obtenir le droit de se marier par procuration ?

Voilà la dernière question que nous devons maintenant examiner.

(1) Il paraît que maintenant l'autorisation de se marier par procuration n'est plus accordée qu'aux soldats combattant sur un autre front que les fronts de France, de Belgique et d'Italie.

CHAPITRE V

DE LA RÉINTÉGRATION DU MARIAGE PAR PROCURATION DANS NOTRE DROIT

Les circonstances de la guerre présente ont démontré que l'obligation de la présence des parties à la célébration du mariage était une exigence exagérée du législateur du Code, ou, tout au moins, de la jurisprudence, si l'on admet, avec nous, que ce législateur n'avait pas interdit le procédé du mariage par procuration.

Non seulement, d'ailleurs, notre loi française du 4 avril 1915, mais aussi une loi belge du 30 mai 1916, ont dû lever temporairement la prohibition de contracter mariage par le procédé du mandat, et, celle-ci, plus radicale que la nôtre, a permis non seulement aux mobilisés, mais à tous les Belges, tant civils que militaires, aux femmes aussi bien qu'aux hommes de se marier ainsi. Pendant la durée de la guerre, en vertu de la loi belge, les deux parties à un mariage pourront l'une et l'autre agir par procureur.

Convendra-t-il, la guerre terminée, de revenir au

régime antérieur en matière de célébration du mariage? Devra-t-on considérer le mariage par procuration comme un procédé auquel seul le malheur des temps a pu donner une raison momentanée de revivre, mais qui ne devra pas survivre à la guerre? Nous ne le croyons pas; il nous paraît, au contraire, que le mariage par procuration est un procédé de contracter mariage qu'il convient de réintroduire de façon permanente dans notre droit. Comme le soutenait Coin-Delisle, « on ne peut nier qu'il y ait des cas où le mariage par procureur ne doive être utile ». Il donnait comme exemples le cas d'une Française devant se marier à un étranger retenu dans son pays, d'un militaire ou d'un agent diplomatique recevant l'ordre de se rendre sur-le-champ à leur poste, d'un Français engagé dans un voyage au long cours et désirant légitimer par le mariage les enfants qu'il a d'une Française restée en France.

Avec la grande extension qu'ont prise depuis l'époque où écrivait Coin-Delisle les relations de pays à pays, les voyages internationaux, l'augmentation du nombre de nos agents diplomatiques, et plus encore la multiplication de nos colonies, l'agrandissement de notre domaine colonial, les cas où le mariage par procuration peut être utile sont devenus plus nombreux qu'ils ne l'étaient dans la première moitié du ^{xix}^e siècle. N'est-ce pas un devoir pour le législateur de tenir compte de ces changements et de faire, en conséquence, revivre définitivement le procédé du mariage par procureur? Ce devoir

ne sera-t-il pas plus impérieux encore demain qu'il ne l'était avant la guerre? Il convient, en effet, de ne négliger aucune des mesures qui pourront rendre plus facile le mariage de nos jeunes filles françaises dont un trop grand nombre, quoi qu'on puisse faire, seront condamnées, hélas! du fait des hécatombes de la guerre, aux tristesses et à la solitude d'un célibat involontaire.

Qu'il s'agisse de légitimer des enfants par mariage subséquent, malgré l'absence de leur père, ou, simplement de faciliter le mariage de jeunes filles avec de jeunes Français résidant à l'étranger ou aux colonies (le nombre de ces derniers augmentera vraisemblablement beaucoup après la guerre), en assurant à ces jeunes filles le titre d'épouses avant qu'elles ne quittent le sol de France, le mariage par procuration ou par déclaration authentique préalable du consentement est le seul procédé qui permettra de contracter mariage à des personnes séparées l'une de l'autre au moment où elles entendront s'unir par le lien matrimonial.

Le mariage entre absents peut d'ailleurs se contracter par deux modes différents, par lettre ou par procureur. Nous avons vu que le droit canon admet l'un et l'autre procédé, et que, lors de la discussion de la loi du 4 avril 1915, on avait songé un moment à adopter le premier procédé au lieu du second.

Le mariage *per litteras*, en droit canon, nécessitait une procédure assez longue, un échange de lettres qui ne serait plus nécessaire aujourd'hui. On pourrait,

comme cela avait été suggéré par le rapporteur de la loi devant la Chambre, M. Adrien Véber, admettre qu'une *déclaration spéciale rédigée en forme d'acte authentique*, émanant du futur époux absent à la célébration et spécifiant sa volonté de prendre pour épouse la personne de sexe féminin désignée par lui dans cette déclaration, serait lue solennellement par l'officier de l'état civil au jour de la célébration du mariage, et que la lecture solennelle de cette déclaration authentique vaudrait présence de la partie absente pour la validité de la célébration.

Ce procédé aurait l'avantage d'être plus simple encore que celui du mariage par procureur, et éviterait les inconvénients que l'on reproche au procédé de la procuration. Le seul reproche qu'on lui pourrait adresser serait que la lecture d'une telle déclaration forcément antérieure en date soulignerait le caractère de l'antériorité du consentement donné par rapport au moment de la célébration, antériorité que pallie le procédé du mariage par procureur, la volonté de consentir de la partie absente étant censée s'exprimer réellement au moment même de la célébration par la bouche de son mandataire.

Si le législateur tient à établir le mariage par procuration pour les absents, il ne pourra pas se contenter de proroger à titre définitif la loi du 4 avril 1915, — nous avons vu, en effet, qu'elle ne fonctionne que grâce à l'application illégale de la circulaire du 8 avril, — il

devra reprendre à pied d'œuvre l'ensemble du problème.

La première question qui se pose est la suivante : Convient-il de rétablir le mariage par procuration comme procédé de droit commun, ou seulement comme mode de contracter exceptionnel dans des cas spéciaux prévus et déterminés par la loi ?

Tout partisan que nous soyons de l'interprétation du Code dans le sens de la validité du mariage par procuration, nous ne nous dissimulons pas les graves inconvénients que présenterait le rétablissement du mariage par procureur comme mode de droit commun de contracter mariage, et, si nous souhaitons le rétablissement du mariage par procuration, c'est seulement parce qu'il est des cas exceptionnels où, sans l'usage de ce procédé, la réalisation du mariage serait impossible. Nous croyons donc qu'en rétablissant le mariage par procuration le législateur devrait avoir le soin de spécifier nettement qu'un mariage qui serait contracté par déclaration spéciale et authentique ou par procureur, en dehors des cas déterminés par la loi, serait inexistant.

Il y aurait lieu ensuite d'indiquer d'une manière limitative les cas où il est licite de contracter mariage par déclaration spéciale et authentique ou par procuration. Il suffirait, croyons-nous, de décider que ce procédé peut être légalement employé toutes les fois qu'une des parties se trouverait être domiciliée, habiter ou résider en dehors du territoire de la métropole, l'autre partie

étant domiciliée dans la métropole, dans une autre colonie ou dans un autre État que la partie avec laquelle elle doit contracter mariage, et qu'il ne saurait être employé dans aucun autre cas. Il nous paraîtrait abusif et d'ailleurs, aussi bien parfaitement inutile, d'exiger la déclaration et la preuve de la partie absente, qu'elle est dans l'impossibilité de se déplacer pour comparaître personnellement devant l'officier d'état civil de l'endroit où réside sa future épouse et où le mariage doit être célébré, car nous pensons, avec Coin-Delisle, que « les mariages par procureur n'auront jamais lieu que dans des circonstances impérieuses et exceptionnelles, le juste orgueil des femmes devant toujours regarder comme une injure ce mode de célébration, s'il n'est pas indispensable ».

C'est intentionnellement que nous disons la future épouse, car, pour éviter le danger que le consentement d'une femme ou d'une jeune fille ne lui soit arraché par violence, danger que l'on a signalé comme une des raisons qui s'opposent à l'admission du mariage par procuration, nous pensons que seul le futur époux pourra n'être pas tenu de comparaître personnellement à la célébration du mariage, la future épouse, dans l'intérêt même du respect de sa liberté, devant toujours être tenue de comparaître pour déclarer personnellement et publiquement, au moment même de la célébration devant l'officier d'état civil et les témoins, si, oui ou non, elle consent à s'unir par mariage à l'homme qui déclare

l'accepter pour épouse. Cette différence de traitement n'a rien d'injurieux pour les femmes et est inspirée uniquement par le désir d'assurer le respect de leur libre consentement. Il n'entraînera d'ailleurs aucun amoindrissement pratique de l'utilité du mariage par procuration, même au cas où ce serait la future épouse qui résiderait hors de France, car, dans ce cas, le mariage se célébrerait devant le consul de France dans la circonscription duquel elle aurait sa résidence ou serait domiciliée (1).

Une fois posé le principe que le mariage par procuration est un mode licite de contracter mariage et déterminés les cas dans lesquels ce mode peut être valablement employé, le législateur devrait établir les conditions de validité de la procuration à établir : le mandat doit être spécial, c'est-à-dire indiquer la personne avec laquelle le mandant entend contracter mariage, il doit être passé en acte authentique conformément à notre principe général de droit que lorsque le mandataire est investi du pouvoir de représenter son mandant dans un acte authentique, le mandat doit être donné en forme authentique. Il devrait être admis : 1° que le mandat peut être en blanc ; 2° qu'il peut être

(1) La représentation des deux parties au mariage par procureur, qui se justifie pour la Belgique occupée par l'ennemi, ne nous apparaît que comme une mesure tout à fait exceptionnelle qui n'aurait aucune raison d'être en temps normal. Ce que nous avons dit de l'utilité, de l'obligation de la comparution personnelle de la femme nous paraît un motif suffisant de rejeter le mariage par double procuration.

donné à une personne déterminée avec ou sans autorisation pour le mandataire de se substituer un tiers.

Qui pourrait être désigné comme procureur du mariage ? Nous avons vu que sous prétexte d'éviter le ridicule et le scandale, la circulaire ministérielle du 8 avril 1915 a limité la liberté des mobilisés dans le choix de leur mandataire, en les obligeant à désigner un homme de vingt et un ans au moins, et en prohibant la désignation de toute personne parente de la future épouse à un degré comportant prohibition du mariage. Cette mesure, illégale d'ailleurs, puisque la législation présente laisse toute liberté aux mandants dans le choix de leurs mandataires, devrait-elle être introduite dans la législation nouvelle du mariage par procuration ? Nous ne disons pas du fait que la représentation de l'époux absent par une femme ou par un enfant ne puisse prêter à sourire, qu'il ne soit, d'autre part, choquant que le procureur du futur époux soit un fils naturel ou légitime de cet homme ou de sa future épouse, et qu'il ne soit scandaleux de voir le choix du futur époux se poser sur un des enfants qu'il peut avoir de cette femme et que le mariage a peut-être pour but de légitimer ; mais nous ne voyons rien de contraire aux convenances et à la morale dans le fait que le mandataire serait tout autre homme de la famille de la femme, fût-il son parent à un degré comportant prohibition du mariage, son beau-frère, son oncle ou son neveu, voire son frère ou même son père, si ce dernier n'a pas, vu l'âge de sa

filles, à donner son consentement au mariage lors de la célébration.

Cet accès de pudibonderie du rédacteur de la circulaire du 8 avril 1915 était hors de saison, le législateur futur fera bien de ne point s'en inspirer ; il pourra, cependant, limiter le choix de la personne du mandataire en obligeant le mandant à ne désigner qu'une personne de sexe masculin, âgé de dix-huit ans au moins (âge à partir duquel notre droit admet la capacité matrimoniale de l'homme), et interdire que le procureur ne soit un des fils de la future épouse ou du futur époux, y compris ceux que le mariage projeté doit légitimer. Ces limitations seraient suffisantes, à nos yeux, pour ôter tout ridicule et toute raison de scandale en ce qui concerne le choix du procureur matrimonial.

Reste à examiner une dernière question, la plus importante et celle à laquelle on ne peut se soustraire quand on étudie le mariage par procuration : Comment lui donner la certitude d'existence que possède le mariage entre personnes présentes ? Ou, tout au moins, comment réduire à un minimum pratiquement négligeable le soupçon d'inexistence qui planera toujours sur lui, du fait de l'incertitude où l'on est au moment de la célébration sur le consentement actuel de la partie absente ?

Peut-on décider par voie législative, en s'appuyant sur l'interprétation la plus généralement admise de l'article 2003 du Code civil, suivant laquelle la règle que

le mandat cesse par la révocation du mandataire n'est pas d'ordre public et que le mandant peut s'engager à ne pas révoquer le mandat, qu'en matière de procuration matrimoniale, le mandant pourrait prendre l'engagement de ne pas révoquer sa procuration ou même qu'il serait tenu de le prendre, et qu'une procuration matrimoniale qui ne contiendrait pas cet engagement serait non avenue et de nul effet? La mesure évidemment serait radicale, mais comme c'est à bon droit que l'on admet comme mesure d'ordre public que le consentement au mariage n'engage que s'il existe au moment de la célébration, cette solution de la difficulté que nous examinons ne peut être admise.

Il faut en prendre son parti, le mariage par procuration vaudra ce qu'il vaudra, il n'existera qu'autant que le consentement de la partie absente existera réellement au moment de la célébration. Quelle assurance aura-t-on de son existence à ce moment précis? A poser le problème sous cette forme, il serait insoluble. Il convient donc de le poser comme faisaient les canonistes et de nous demander, en posant que le consentement donné par procuration subsiste s'il n'a pas été révoqué avant la célébration, *quid* : 1° au cas où la révocation a été connue du mandataire avant la célébration ; 2° au cas où la révocation a été faite mais non connue avant la célébration ; 3° au cas où sans faire connaître le retrait de son consentement l'époux absent l'avait cependant mentalement rétracté.

Le premier et le troisième cas sont d'une solution facile : dans le premier cas, le mariage est inexistant même si le mandataire n'avait pas tenu compte de la révocation et avait consenti ; dans le troisième, le mariage est valide, car la situation serait la même qu'au cas où la partie étant présente et répondant oui à la question de l'officier de l'état civil prétendrait ultérieurement n'avoir pas consenti sous prétexte d'une restriction mentale. Dans le second cas, il n'est pas douteux qu'en vertu du principe du consentement actuel au moment du mariage le mariage serait inexistant bien que le mandataire et l'autre partie n'aient point connaissance du retrait du consentement de la partie absente ; mais une question, cependant, peut et doit se poser : Devra-t-on admettre l'existence du retrait du consentement sous une forme non authentique de rétractation de la procuration quand la partie absente avait la faculté de se rétracter par acte authentique ? Pourra-t-on, même dans ce cas, l'admettre, si elle n'a pas fait toute diligence pour la faire connaître au mandataire ou à l'officier d'état civil qui doit procéder à la célébration du mariage ?

Malgré le principe du libre consentement actuel, il nous semble que, pour éviter les conséquences regrettables d'une négligence de la partie absente rétractante, le législateur pourrait décider que cette partie ne sera admise éventuellement à faire la preuve judiciaire de son retrait du consentement par tous moyens qu'après

avoir administré la preuve qu'elle n'était pas en mesure d'en faire le retrait par acte authentique, et que si son mandataire ou l'officier de l'état civil n'ont connu que postérieurement à la célébration le retrait du consentement formulé par acte non authentique, alors que la partie absente se trouvait dans les conditions voulues pour opérer ce retrait par acte authentique, le retrait sera considéré comme non avenu et le mariage tenu pour valablement contracté. Tous fonctionnaires ou officiers ministériels compétents pour recevoir ce retrait par acte authentique ne pourraient-ils pas être tenus d'aviser télégraphiquement le mandataire et l'officier d'état civil du lieu où le mariage se doit célébrer, du retrait de consentement dont ils auront passé acte authentique, de manière à empêcher que la célébration du mariage ne s'accomplisse inutilement ?

Dans tous les cas où la partie absente désirant rétracter son consentement ne pourrait le faire par acte authentique, elle serait du moins tenue de le faire par écrit ou par-devant témoins en datant et signant l'écrit et d'expédier immédiatement cet écrit au plus proche bureau d'enregistrement pour lui faire donner date certaine dans le plus bref délai. La négligence qu'apporterait la partie rétractante à procéder de cette manière pourrait être prise en considération par les tribunaux appelés à statuer sur l'existence du mariage pour refuser, le cas échéant, d'en proclamer l'inexistence.

Toutes ces précautions légalement prises, il nous

paraît que les inconvénients que présente, en principe, le mariage par procuration, seraient réduits au minimum et que l'on n'aurait plus, au contraire, qu'à se louer du rétablissement de ce procédé de mariage, dont l'utilité a été démontrée plus haut.

Peut-être le législateur se demandera-t-il s'il n'y aurait pas lieu de prescrire, comme le fait le Code néerlandais, que l'on ne pourra recourir au procédé du mariage par procuration qu'après avoir sollicité et obtenu du pouvoir exécutif une autorisation particulière et individuelle qui serait accordée par décret du Président de la République. Nous ne voyons pas l'avantage que présenterait la nécessité de recourir à cette procédure, qui entraînerait forcément des délais et pourrait retarder la célébration du mariage dont la réalisation rapide serait désirable. Le mariage par procuration suppose dans notre système la résidence aux colonies ou à l'étranger d'une des parties et comporte par cela même des lenteurs que le législateur ne doit pas aggraver par l'exigence de formalités non strictement nécessaires.

La nécessité d'une autorisation particulière ou individuelle par décret présidentiel pourrait, au contraire, être tenue pour une formalité préalable indispensable, dans le cas où l'on étendrait la faculté de contracter mariage par procuration en la déclarant légale, en faveur des parties résidant ou domiciliées toutes deux dans la métropole, dans une même colonie ou dans un même pays de protectorat, pour toute raison

grave abandonnée à l'appréciation du Gouvernement suivant les cas et espèces.

Rendre possibles et de réalisation aussi aisée que possible, des mariages qui ne se peuvent contracter dans l'état actuel de notre législation, tel est l'objet de la réforme que nous préconisons. Si le Parlement se décidait à la voter, nous ne prétendons pas que le nombre annuel des mariages en serait de beaucoup augmenté, mais il le serait, croyons-nous, de quelques unités tout d'abord, et, sans doute, par la suite, davantage. Quelques foyers français pourraient se fonder aux colonies et à l'étranger qui, sans cette réforme, ne se créeraient pas. Quand on songe à l'influence que peut avoir pour l'avenir de notre nation la présence de quelques familles de bonne souche française dans des pays qui ne connaissent que des individus isolés, de race française, conduits par la solitude du célibat à la débauche et au vice sous toutes ses formes, on ne peut pas considérer comme négligeable et indigne de l'attention du Gouvernement et du Parlement le vote d'une réforme de notre Code civil dans le sens de la réintégration dans notre droit du mariage par procuration.

CONCLUSION

En somme, à quelles conclusions aboutit notre étude? Ces conclusions sont les unes d'ordre scientifique, les autres d'ordre pratique.

Les premières portent sur le point de savoir : 1° Si le mariage par procureur a bien son origine dans le droit romain; 2° si le droit intermédiaire et le Code civil ont interdit le procédé du mariage par procuration qu'autorisaient le droit canonique et l'ancien droit français.

Nous pensons avoir démontré, d'une part, que, étant donné que la mise de la femme à la disposition du mari était une des conditions essentielles de l'existence du mariage en droit romain, la conception même de l'idée de procuration et celle du mariage romain étaient antinomiques; d'autre part, nous croyons avoir établi que la loi du 20 septembre 1792 n'a pas, comme on l'a prétendu, aboli le mariage par procuration, et que c'est seulement par une fausse interprétation des textes que

l'on a cru pouvoir tirer de l'article 75 du Code civil la prohibition implicite du mariage par procuration.

Mais cette prohibition résulte incontestablement de la loi du 4 avril 1915 qui n'autorise le mariage par procuration qu'au bénéfice des mobilisés et pendant les hostilités.

Envisagée au point de vue général, cette loi a le mérite d'avoir fait terrain net ; si le législateur veut établir une législation d'ensemble en notre matière, il est donc libre de l'organiser comme bon lui semblera, sans avoir à mettre les dispositions de la loi nouvelle en accord avec les dispositions d'une législation antérieure.

Nos conclusions sur la nécessité de réintroduire dans notre législation la faculté de contracter mariage par procureur ou par déclaration authentique du consentement au mariage sans être astreint de comparaître en personne devant l'officier de l'état civil, sur les limites dans lesquelles l'exercice de ce droit est admissible et sur les conditions légales auxquelles sera soumise l'introduction de l'action de la partie non comparante pour faire déclarer le mariage inexistant quand cette action est fondée sur la prétendue inexistence de son consentement au moment de la célébration du mariage, telles sont les conclusions de notre étude que nous appelons conclusions d'ordre pratique.

En ce qui concerne la réintroduction dans notre législation de la faculté de contracter mariage sans être

tenu à comparaître personnellement à la célébration, nous pensons que l'on ne saurait revenir aux principes du droit canonique qui admettait cette faculté comme un principe général du droit, mais nous n'admettons pas en sens inverse, comme le fait le droit néerlandais, que l'octroi de cette faculté doive être sollicité dans chaque cas spécial du pouvoir exécutif. A notre avis, une loi doit déterminer les conditions dans lesquelles un mariage peut être valablement célébré sans comparution personnelle des parties contractantes, et ces conditions sont les suivantes : 1° En ce qui concerne les parties non comparantes, seul le futur époux peut être dispensé de comparaître, la future épouse est toujours tenue de comparaître. Nous fondons cette distinction sur la nécessité de prendre légalement toutes les précautions possibles pour assurer la liberté du consentement de la future épouse au mariage ; 2° en ce qui concerne les autres conditions, une seule condition nous paraît suffisante pour que l'on puisse recourir au mariage par procuration ou par déclaration authentique préalable du consentement au mariage, à savoir que les parties contractantes ne résident pas ou ne soient pas domiciliées toutes deux dans la métropole, dans la même colonie ou le même protectorat, ou encore dans le même État étranger.

Enfin il faut, tout en maintenant le principe de la nécessité juridique de l'existence du consentement des parties au mariage au moment même de la célébration

du mariage, empêcher l'abus que pourrait faire de l'intervention de ce principe la partie non comparante pour attaquer plus tard en justice le mariage célébré en son absence, et pour cela déterminer très strictement les conditions auxquelles aura dû satisfaire la partie non comparante pour être admise à intenter cette action et décider, par contre, que lorsque ces conditions n'auront pas été remplies, il y aura présomption *juris et de jure* que le consentement donné d'avance au mariage existait encore au moment de la célébration et qu'en conséquence l'action en justice pour faire déclarer le mariage inexistant faute de consentement sera déniée.

Etablie dans ces conditions et sur ces bases, la faculté pour les Français du sexe masculin de se marier sans être tenus à comparaître en personne à la célébration de leur mariage serait, suivant nous, une réforme juridique qui offrirait, au point de vue national, considéré tant sous son aspect moral que sous son aspect social, des avantages incontestables sans entraîner avec elle aucun inconvénient.

Nous croyons que cette réforme doit, dans les circonstances présentes, être considérée comme urgente, et que la Commission de législation civile de la Chambre qui a eu récemment à examiner la question du mariage par procuration des mobilisés pourrait, sans de longues études préliminaires, examiner et faire voter par la Chambre un projet ou une proposition de loi qui

aurait pour but de réintroduire dans notre législation civile la faculté du mariage sans comparution obligatoire.

Puissent le Gouvernement ou un membre du Parlement prendre bientôt l'initiative de cette réforme.

VU

par le Président de la Thèse :

R. PIÉDELIÈVRE

VU

le Doyen :

F. LARNAUDE

VU ET PERMIS D'IMPRIMER,

Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris :

L. POINCARÉ

TABLE

INTRODUCTION.	5
-----------------------	---

CHAPITRE I

LE MARIAGE PAR PROCURATION EN DROIT ROMAIN, EN DROIT CANONIQUE ET DANS L'ANCIEN DROIT FRANÇAIS.	9
--	---

CHAPITRE II

LE DROIT INTERMÉDIAIRE ET LE MARIAGE PAR PROCURATION.	31
---	----

CHAPITRE III

LE CODE CIVIL ET LE MARIAGE PAR PROCURATION.	37
--	----

CHAPITRE IV

LE MARIAGE PAR PROCURATION DES MOBILISÉS	73
--	----

CHAPITRE V

DE LA RÉINTÉGRATION DU MARIAGE PAR PROCURATION DANS NOTRE DROIT	89
--	----

CONCLUSION	103
----------------------	-----

